Série A N° 148

UNIVERSITÉ DE STRASBOURG
FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES POLITIQUES

Les Clauses de Préemption et les Clauses accessoires d'Evaluation dans les Sociétés par Actions

Evolution de la Doctrine et de la Jurisprudence françaises

THÈSE POUR LE DOCTORAT D'ÉTAT
(Sciences juridiques)

Présentée et soutenue

PAR

André SAINFELD
H. E. C.

Jury de la Thèse :

Président : M. Daniel BASTIAN, *Professeur.*

Suffragants : M. Claude THOMAS, *Agrégé.*
Mlle Em. de LAGRANGE, *Chargée de cours.*

LIBRAIRIE
DU
RECUEIL SIREY
(SOCIÉTÉ ANONYME)
22, Rue Soufflot, Paris, 5e

1942

Les Clauses de Préemption

et les

Clauses accessoires d'Evaluation

dans les Sociétés par Actions

Evolution de la Doctrine
et de la Jurisprudence françaises

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

Série A N° 148

UNIVERSITÉ DE STRASBOURG
FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES POLITIQUES

Les Clauses de Préemption et les Clauses accessoires d'Evaluation dans les Sociétés par Actions

Evolution de la Doctrine et de la Jurisprudence françaises

THÈSE POUR LE DOCTORAT D'ÉTAT
(Sciences juridiques)

Présentée et soutenue

PAR

André SAINFELD
H. E. C.

Jury de la Thèse :

Président : M. Daniel BASTIAN, *Professeur.*

Suffragants : M. Claude THOMAS, *Agrégé,*
Mlle Em. de LAGRANGE, *Chargée de cours.*

LIBRAIRIE
DU
RECUEIL SIREY
(SOCIÉTÉ ANONYME)
22, Rue Soufflot, Paris, 5e

1942

INTRODUCTION

Les clauses restrictives de la transmisibilité des actions et plus spécialement les clauses de préemption, ont déjà été étudiées par divers auteurs[1] et ont donné lieu à de nombreuses décisions de jurisprudence.

Cependant, certains points importants restent controversés. En particulier. la question du prix de préemption a fait l'objet de trois arrêts récents de la Cour de Cassation[2].

Il nous a donc paru utile de revenir sur ces problèmes, et l'objet de cet ouvrage est justement d'en préciser les solutions actuelles dans le cadre de l'évolution générale de la jurisprudence et de la doctrine, en matière de droit des obligations et de droit des sociétés.

1. Voir en particulier : J. ESCARRA, « Des restrictions conventionnelles à la transmissibilité des actions », *Ann. Dr. Com.* 1911, p. 333 et suiv, et p. 425 et suiv. ; — G. LAGARDE, « Des clauses réservant l'agrément d'un tiers pour la cession des droits », *Rev. Cr. Lég. Jur.* 1928, p. 70 et suiv. et p. 102 et suiv. ; — G. PACILLY, « Les clauses de préemption en cas de cession d'actions nominatives », *Rev. Gen. Dr. Com.* 1939, p. 29 et suiv. ; — P. CAMIER, « *Les restrictions conventionnelles à la transmissibilité des actions* », thèse, Lille, 1927 ; — M. MORAS « *Les restrictions conventionnelles à la cession des actions des sociétés* », thèse, Paris, 1933.

2. Civ, 9 février 1937, D.P. 1937.1.73, S. 1937.1.129 ; Req., 21 décembre 1937, *Journ. Soc.* 1938, p. 207 ; Req., 11 septembre 1940, D.H., 1940, p. 166 ; *Gaz. Pal*, octobre-novembre 1940, p. 134 à 136 ; *Sem. Jur.*, 1940, n° 1574).

SECTION I

LES CLAUSES RESTRICTIVES DE LA TRANSMISSIBILITÉ DES ACTIONS

Il existe différents moyens pour une société de rendre difficile l'acquisition de ses actions, ce sont principalment :

1° L'obligation de la forme nominative[1] ;

2° La fixation de la valeur nominale à un montant élevé ;

3° L'exigence de qualités particulières chez les acquéreurs éventuels, par exemple : être Français, être ou ne pas être d'une certaine religion, appartenir ou non à tel groupement politique, ne pas faire partie d'une entreprise ou société concurrente ; enfin, s'il existe dans une même société, plusieurs catégories d'actions, être actionnaire de la catégorie dont on désire acquérir de nouveaux titres.

Mais, les moyens les plus usités sont les clauses d'agrément et de préemption.

Ces clauses s'appliquaient surtout aux cessions d'actions privilégiées. La loi du 13 novembre 1933 a supprimé les actions à vote plural et laissé simplement la faculté d'attribuer un droit de vote double aux actions nominatives. Malgré cette réforme, les clauses d'agrément et de préemption jouissent toujours de la même faveur auprès des sociétés par actions : elles se présentent, sous la forme d'une clause d'agrément, d'une clause de préemption, ou d'une clause combinée d'agrément et de préemption.

1. On sait que depuis la loi du 28 février 1941, les actions des sociétés françaises, émises à compter de la promulgation de la dite loi, doivent obligatoirement revêtir la forme nominative, et ne peuvent être converties au porteur que si elles sont déposées chez un intermédiaire agréé.

§ 1. — La clause d'agrément.

Cette clause donne aux organes responsables de la société, un droit de regard sur les transmissions d'actions, droit qui est généralement stipulé comme suit :

« La cession des actions ne pourra s'effectuer qu'avec « l'agrément du Conseil d'administration.

« L'actionnaire qui voudra céder une ou plusieurs de « ses actions sera tenu d'en aviser la société en lui indi- « quant le prix de la cession, ainsi que le nom du ces- « sionnaire éventuel.

« Le Conseil d'administration statuera sur l'acceptation ou le refus du transfert dans un délai de..... ».

Les éléments de la clause d'agrément sont variables :

A. *Organes chargés d'autoriser la transmission.*

Le droit d'agrément peut être accordé au Conseil d'administration ou, dans la société en commandite, au gérant assisté du Conseil de surveillance. Parfois aussi, c'est l'assemblée générale ordinaire délibérant à la majorité qui est chargée de donner son accord pour le transfert.

B. *Personnes assujetties à la clause d'agrément.*

Le plus souvent, la clause d'agrément ne vise que les étrangers à la société, les cessions entre actionnaires restant libres.

Dans certains cas cependant, les actionnaires sont également soumis au droit d'agrément[1]. Mais la validité de cette clause est sérieusement contestée.

C. *Transmissions soumises à la clause d'agrément.*

Les statuts déterminent en général la nature des trans-

1. V. Statuts de la Société d'armement, de gérance et d'Etudes techniques, *Journ. de Marseille judiciaire*, 5 août 1941. — Cf. *infra*, p. 16 et 17.

ferts soumis à la clause d'agrément : cessions à titre onéreux ou à titre gratuit, cessions amiables ou judiciaires.

D. *Stipulations diverses.*

1° *Délai.* — Le délai, dans lequel l'organe social chargé d'accepter ou de refuser le transfert proposé, doit rendre sa décision, peut varier de 8 jours à 3 mois (quelquefois davantage),

2° *Refus motivé ou non.* — Il est assez souvent prévu dans les clauses de ce genre qu'en cas de non acceptation du cessionnaire proposé, le refus ne sera pas motivé et ne pourra engendrer aucune responsabilité à la charge de la société.

§ 2. — La clause de préemption.

Elle donne aux représentants de la société, ou aux bénéficiaires désignés par leurs soins, un droit de préférence pour l'achat des actions mises en vente, ou transférées à titre gratuit. Ce droit doit s'exercer dans un délai et à des conditions de prix déterminés dans les statuts.

Comme la clause d'agrément, la clause de préemption présente de nombreuses modalités.

A. *Bénéficiaires du droit de préemption.*

Le droit de préemption est accordé :

1° Soit aux organes de direction de la société (Conseil d'administration ou gérant assisté du Conseil de surveillance) qui ont le pouvoir de désigner des bénéficiaires, même étrangers à la société ;

2° Soit aux actionnaires en général, le choix étant effectué, le cas échéant, parmi les candidats acquéreurs

de différentes façons : adjudication, tirage au sort, ordre d'arrivée des demandes ;

3° Soit à la société elle-même.

B. *Personnes assujetties au droit de préemption.*

La clause de préemption peut s'appliquer aussi bien aux actionnaires qu'aux personnes étrangères à la société. Certaines clauses exemptent du droit de préemption les parents de l'actionnaire cédant, limitativement désignés (les héritiers en ligne directe et le conjoint, par exemple).

C. *Transmissions soumises à la clause de préemption.*

La clause de préemption peut s'appliquer aux transferts à titre onéreux ou gratuit, amiables ou judiciaires, entre vifs ou à cause de mort, ou seulement aux transmissions d'une seule de ces catégories.

D. *Stipulations diverses.*

Le délai d'exercice et les modes de calcul du prix de préemption sont variables. Nous examinerons ces questions en détail dans la suite de cet ouvrage[1].

§ 3. — La clause combinée d'agrément et de prémption.

A la clause d'agrément il peut être adjoint une clause de préemption qui jouera en cas de refus d'acceptation du cessionnaire proposé (ou du titulaire éventuel des actions).

La combinaison des deux clauses se présentera différemment suivant que la préemption est obligatoire ou

1. V. plus loin, Chap. I, Section II, p. 67 et s., Chap. II, p. 75 et s.

facultative, soit pour la société ou les bénéficiaires désignés par elle, soit pour l'actionnaire cédant.

A. *Préemption obligatoire.*

La procédure de préemption est alors automatiquement provoquée par le refus d'agrément.

B. *Préemption facultative* :

1° *Pour la société.* — Dans ce cas, si la société n'exerce pas son droit de préemption pour elle-même ou au profit de bénéficiaires désignés, la clause combinée se ramène à une clause d'agrément pur et simple.

2° *Pour l'actionnaire cédant* qui peut à son gré renoncer la cession ou exiger de la société qu'elle rachète ou fasse racheter ses titres suivant une procédure variable (adjudication par exemple).

SECTION II

LES AVANTAGES ET LES INCONVÉNIENTS DES CLAUSES D'AGREMENT ET DE PRÉEMPTION

Les auteurs ont souvent mis en parallèle les avantages et les inconvénients des clauses restrictives de la transmissibilité[1]. Nous n'y reviendrons que succinctement.

§ 1. — Avantages.

Les clauses d'agrément et de préemption ont généralement pour objet de permettre aux organes sociaux (conseil d'administration, gérants, assemblée générale) de contrôler le recrutement des nouveaux actionnaires,

1. V. J. Escarra, *op. cit.*, p. 335 à 337 et G. Pacilly, *op. cit.*, p. 30 à 34.

étrangers à la société. De plus, et particulièrement lorsqu'elles visent également les transmissions entre actionnaires, ces clauses tendent à conserver aux dirigeants actuels de l'affaire, la majorité qu'ils détiennent dans les assemblées générales : le but essentiel poursuivi est alors d'assurer à la société par actions une stabilité de direction, une unité et une constance de vues comparables à celles qui sont traditionnellement l'apanage des entreprises particulières et des sociétés en nom.

Or, pour beaucoup de sociétés, des dispositions de cette nature présentent une utilité indiscutable.

C'est le cas, par exemple, des sociétés de famille que leurs fondateurs veulent maintenir dans un cadre restreint, en admettant seulement comme associés, des parents, des amis ou des collaborateurs dévoués[1].

La personnalité des actionnaires joue également un rôle prépondérant dans les sociétés de Banque ou d'Assurances dont l'activité et le développement dépendent souvent de la surface commerciale et du crédit accordés à leurs membres.

L'intérêt offert par les clauses d'agrément et de préemption est encore évident dans les sociétés d'étude qui se livrent à des recherches scientifiques ou techniques, et qui tiennent à garder secrets les résultats de leurs travaux et de leurs découvertes.

Mais, d'une manière plus générale, et en dehors de ces cas spéciaux, les clauses restrictives constituent des moyens de défense contre les concurrents éventuels ou des indésirables dont l'esprit de spéculation, les sentiments d'hostilité ou de défiance seraient capables de nuire à

1. V. dans ce sens les statuts de la société des Grands Magasins du Louvre.

la bonne marche de la société. Ces stipulations peuvent même revêtir actuellement une importance capitale pour les grosses entreprises françaises désireuses d'empêcher des groupes étrangers de mettre la main sur les industries-clefs du pays.

Remarquons en outre que suivant le but poursuivi, les fondateurs de la société insèreront dans les statuts des modalités différentes ; ils auront, en tous cas, le choix entre les trois variétés de clauses précédemment énumérées. La clause d'agrément sera de préférence utilisée, lorsque les organes sociaux voudront se réserver la faculté d'opposer un droit de veto absolu à l'entrée de nouveaux actionnaires dans la société, soit en raison de la personnalité des candidats, soit simplement parce qu'il s'agit d'étrangers à l'affaire. Lorsque la clause de préemption sera adjointe à la clause d'agrément, elle permettra d'atténuer la rigueur de ce droit de veto en laissant aux actionnaires qui veulent se retirer de la société, sinon la possibilité de choisir leur cessionnaire, tout au moins celle de céder leurs titres. D'ailleurs, la clause de préemption simple ou combinée est plus souple que la clause d'agrément : stipulée au profit du conseil d'administration ou des bénéficiaires désignés par ses soins, elle servira généralement à assurer la prépondérance au sein des assemblées, des maîtres réels de l'affaire.

§ 2. — Inconvénients.

Mais, si les stipulations faisant obstacle à la libre transmissibilité des actions offrent des avantages certains, elles présentent par contre de graves inconvénients,

tant au point de vue pratique qu'au point de vue juridique.

Insérées dans les statuts dans l'intérêt social, elles sont tout d'abord susceptibles de dégénérer facilement en mesures vexatoires ou lésives. Les nouveaux titulaires présentés à l'agrément des organes sociaux peuvent être écartés de la société sans raison valable ; de plus, les conventions restrictives aboutissent parfois à favoriser les manœuvres d'administrateurs ou de gérants qui cherchent à se maintenir indûment à la tête de la société ou qui veulent réaliser des bénéfices exagérés aux dépens de la collectivité des associés.

On peut reprocher également aux clauses d'agrément et de préemption de plonger trop longtemps dans l'incertitude, les actionnaires cédants et leurs cessionnaires éventuels ou leurs héritiers qui, pendant la durée du délai d'exercice, attendent la décision à leur égard, des représentants de la société [1].

Enfin, les clauses restrictives de la transmissibilité se heurtent à des objections d'ordre juridique. Apportant des entraves sérieuses à la libre circulation des actions, elles font échec au principe de la cessibilité qui est la règle. S'agit-il alors véritablement d'actions ; ne se trouverait-on pas plutôt en présence de parts d'intérêt ? Les clauses d'agrément et de préemption pourraient ainsi provoquer des discussions sur la nature de la société, qui serait en réalité une société par intérêts, avec toutes les conséquences que cette interprétation entraîne. Ces considérations ne sont pas sans lien avec la question de la validité des restrictions conventionnelles à la transmissibilité des actions qui, dans le passé, a été si souvent discutée et mise en doute.

1. Cf. G. Pacilly, *op. cit.*, p. 32.

SECTION III

LA VALIDITÉ DE PRINCIPE DES RESTRICTIONS CONVENTIONNELLES A LA TRANSMISSIBILITÉ DES ACTIONS

En ce qui concerne la validité de principe des clauses d'agrément et de préemption, nous examinerons trois questions :

I. *Les objections d'ordre général à l'encontre de la validité de principe des clauses restrictives.*

II. *La validité de principe de la clause d'agrément et ses limites.*

III. *La validité de principe de la clause de préemption : intérêt des problèmes soulevés par la détermination de son domaine d'application.*

§ 1. — Les objections d'ordre général à l'encontre de la validité de principe des clauses restrictives.

A. L'introduction de plus en plus fréquente de la notion « *d'intuitus personae* » dans les sociétés par actions, a été particulièrement mise en lumière par M. J. Escarra [1] et M. H. Rousseau [2], et, précisément les restrictions conventionnelles à la transmissibilité des actions sont une des manifestations caractéristiques de cette évolution.

Or, pour certains auteurs, la société par actions est

1. Note sous Req., 2 janvier 1924, D.P. 1927.1.161.
2. Note sous Req., 9 février 1932, S. 1932.1.177. — V. également G. Gamerlynck, *De « l'intuitus personae » dans la société anonyme*, thèse, Paris, 1928, et P. Jeandel, *L'intuitus personae dans les sociétés commerciales*, thèse, Nancy, 1932.

exclusive de toute notion « *d'intuitus personae* »[1], car, bien que la classification des sociétés commerciales en sociétés de personnes et sociétés de capitaux ne soit pas d'ordre public, elle a été longtemps considérée comme une « *summa divisio* ». Adoptée par les économistes[2], elle a servi souvent à la jurisprudence, dans des décisions à vrai dire assez anciennes[3], à différencier les commandites par actions des commandites simples. Pour M. Moras[4], c'est là une erreur que l'on a généralisée en l'étendant aux sociétés anonymes.

En tout état de cause, on ne peut nier que le contrat de société soit toujours un contrat « *intuitu personae* »[5] et que, dans la pratique, l'opposition entre les sociétés dites de personnes et celles dites de capitaux, se soit singulièrement atténuée, ces dernières années. A tel point que, pour réprimer les abus nombreux auxquels avait donné lieu la « personnalisation » des sociétés anonymes, le législateur, par la loi du 16 novembre 1940, a réglementé étroitement la composition des conseils d'administration, il a fait du président de la société un véritable commerçant et prévu, en outre, en cas de faillite ou de liquidation judiciaire, la responsabilité solidaire des membres du conseil. L'absence « *d'intuitus personae* » dans les sociétés dites de capitaux est donc

1. D'autres auteurs distinguent entre « *l'intuitus personae* » positif et « *l'intuitus personae* » négatif qui serait, seul, compatible avec la nature des sociétés dites de capitaux. V. en particulier, G. Bourcart, « De « *l'intuitus personae* » dans les sociétés», *Journ. Soc.*, 1927, p. 513 à 528 et A. Tamboise, *Des moyens juridiques pour assurer la stabilité du contrôle dans les sociétés par actions*, thèse, Lille, 1929, p. 99 à 101.

2. Cf. C. Perreau, *Cours d'économie politique*, 6e édition, t. I, p. 110.

3. V. en particulier, Civ., 19 août 1887, S. 1889.1.33 et la note. — V. dans le même sens. Trib. com. de la Seine, 20 février 1912 ; Cour d'Amiens 20 novembre 1912, D.P. 1913.2.273.

4. *Op. cit.*, p. 15.

5. Note H. Rousseau sous Cour de Douai, 17 décembre 1913, S. 1932. 2.82.

moins que jamais, une règle ayant un caractère d'ordre public, puisque, désormais, la loi elle-même consacre la non-valeur du principe dans les sociétés anonymes. Par suite, il n'est plus possible aujourd'hui, de soutenir que les clauses restrictives de la transmissibilité, qui impliquent la « considération de la personne » sont incompatibles avec la nature des sociétés par actions.

B. Un autre argument, qui se rattache au précédent, a été invoqué à l'encontre de la validité des clauses faisant obstacle à la libre cession des actions ; c'est le critérium de la distinction entre l'action et l'intérêt, déduit du degré de cessibilité de la part sociale.

« Les actions sont en principe cessibles, sinon négociables, et les parts d'intérêt sont ordinairement incessibles »[1].

Doit-on en conclure que les clauses restrictives de la transmissibilité sont à proscrire dans les sociétés par actions, ou tout au moins qu'elles sont susceptibles de jeter un doute sur la nature de la société ?

Il n'en est rien ..... L'incessibilité des parts d'intérêts n'est pas absolue : « les statuts peuvent, par une clause « expresse, autoriser leur cession, sans l'adhésion una- « nime des associés avec le seul concours du gérant, « par exemple ».

D'autre part, la Cour de Cassation a admis très tôt que la cessibilité des actions pouvait être restreinte dans une certaine mesure[2].

Aussi la doctrine et la jurisprudence s'accordent-elles maintenant à rechercher le véritable critérium de l'action

1. *Répertoire général alphabétique du droit français, Supplément*, 1934. t. XII, n° 1994, p. 570.
2. Req., 13 mars 1882, D.P. 1883.1.83, S. 1883.1.327 et Req., 14 mai 1895, D.P. 1895.1.467, Rapport du Conseiller Cotelle, S. 1899.1.397.

non pas seulement dans la cessibilité plus ou moins complète du titre, mais en outre dans un ensemble de caractères dont la réunion permet de déterminer la nature de la part sociale, et par suite de la société elle-même

Tels sont [1] pour la société par actions :

a) Le fractionnement du capital en un grand nombre de parts égales ;

b) L'émission publique de tout ou partie des titres ;

c) La représentation de chaque action par un titre individuel délivré au titulaire.

La notion « *d'intuitus personae* » et la distinction entre l'action et la part d'intérêt, ne constituent donc plus aujourd'hui des obstacles à l'introduction des clauses restrictives dans les statuts des sociétés par actions.

En d'autres termes, les règles générales du droit des sociétés ne peuvent justifier une condamnation de principe de ces clauses. C'est ce que nous allons voir à propos de la clause d'agrément et de la clause de préemption (simple ou combinée).

§ 2. — La validité de principe de la clause d'agrément et ses limites.

La clause d'agrément s'analyse juridiquement comme une condition suspensive affectant le droit de l'actionnaire de vendre ses titres [2]. Si l'organe social appelé à se prononcer sur le projet de cession donne son accord, la condition est réalisée et le transfert s'opère normalement sur les registres de la société. En cas de refus, au

1. *Répertoire général alphabétique du droit français*, article précité.
2. Cf. Trib. civ., Cholet, 13 février 1925, D.P. 1926.2.87 et la note signée A.C.

contraire, la condition est défaillie et la mutation ne peut avoir lieu.

1° A première vue, une pareille stipulation ne paraît pas, en droit, devoir soulever d'objections. Mais, comme elle peut facilement aboutir à une clause d'inaliénabilité totale, incompatible avec la nature de l'action, la doctrine[1] et la jurisprudence[2] (en particulier celle des tribunaux de commerce) ont montré pendant longtemps une certaine répugnance à en admettre la validité.

Pourtant, l'arrêt de la Chambre des Requêtes du 27 mars 1878 (D.P. 1878.1.308, D. 1878.1.177) avait tiré un argument de texte, en faveur de la licéité de la clause d'agrément, de l'article 50 de la loi du 24 juillet 1867 (Titre III. Dispositions particulières aux sociétés à capital variable)[3]. D'après ce texte, dans une société par actions à capital variable, les statuts peuvent donner, soit au conseil d'administration soit à l'assemblée générale, le droit de s'opposer au transfert. Une partie de la doctrine s'est vivement élevée contre cette interprétation, estimant que l'article 50 applicable seulement aux sociétés à capital variable pouvait, au contraire, être invoqué à l'encontre de la validité de la clause d'agrément dans les sociétés par actions ordinaires[4].

La loi du 26 mars 1927 (Art. 39 et 54) et le décret d'application du 9 mai 1928 ont mis fin à cette controverse en prévoyant des délais spéciaux pour la négociation en bourse des titres soumis à une clause d'agrément,

1. V. en ce sens, P. CAMIER, *op. cit.*, p. 68 à 79 ; — A. TAMBOISE, *op. cit.*, p.136 à 142.

2. Cf. Trib. de Com., Clermont-Ferrand, 29 octobre 1929, *Journ. Soc.*, 1930, p. 26, Note de H. BOSVIEUX.

3. V. également dans le même sens, Req., 29 octobre 1902, D.P. 1904. 1.49, S. 1905.1.89.

4. V. contra M. MORAS, *op. cit.*, p. 25 et 26 et G. LAGARDE, *op. cit.*, p. 110 et 111.

consacrant ainsi, légalement, l'existence juridique des conventions de cette nature.

2° Mais si la validité intrinsèque de la clause d'agrément n'est plus discutable, son domaine d'application peut se trouver limité en différentes hypothèses.

Le consentement *unanime* de tous les associés, réunis en assemblée générale, peut-il être exigé pour l'acceptation d'un tranfert. La majorité de la doctrine critique cette disposition « qui est de nature à faire attribuer aux titres le caractère de parts d'intérêt »[1].

Cependant, pour M. Escarra[2], c'est là une « question de fait » et les juges du fond, pour apprécier la validité de cette stipulation, devraient tenir compte du nombre des actionnaires. A notre avis, la clause ne serait illicite que si l'unanimité était pratiquement impossible à obtenir, les actions étant ainsi frappées d'une indisponibilité absolue. En outre, si, à la clause exigeant l'agrément de tous les actionnaires, était adjointe une clause de préemption obligatoire, la question de validité ne se poserait plus, puisque la cession des actions serait de nouveau possible, la société se réservant simplement le choix du nouveau titulaire.

On a également discuté sur le point de savoir si, en cas de non agrément de la cession, le refus devait être motivé[3]. Plusieurs auteurs estiment que c'est là une des conditions de validité de la clause d'agrément[4].

M. Moras[5] précise que la société n'est pas tenue d'insérer dans les statuts les raisons qu'elle pourra invoquer

1. Houpin et Bosvieux, *Traité théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales et des associations*, 7e édit., t. I, n° 456, p. 551.
2. *Op. cit.*, p. 440.
3. V. *supra*, p. 4.
4. Cf. A. Neuburger, *Le détournement de pouvoirs dans les sociétés anonymes*, thèse, Paris, 1936, p. 79.
5. *Op. cit.*, p. 34 et 35.

le cas échéant, en vue de s'opposer à un transfert ; ainsi elle restera armée contre toutes les intrusions possibles. Mais au moment où le refus sera donné, les représentants sociaux auront à en faire connaître les raisons, qui devront être conformes à l'intérêt social et seront éventuellement soumises au contrôle judiciaire.

Néanmoins, la jurisprudence récente est en sens contraire, le tribunal de commerce de Clermont-Ferrand, dans son jugement du 29 octobre 1929 (D.H.1929, p. 580) [1] avait déjà estimé qu'il n'y avait pas, de la part d'un gérant de société en commandite par actions, abus de droit générateur de dommages-intérêts, dans le fait de refuser sans en indiquer les motifs, les cessionnaires présentés. Cette opinion a été confirmée par l'arrêt de la Cour de Paris du 10 novembre 1938 (*Sem. Jur.*, 1939, n° 937 note J.R.). Dans cette espèce, l'acquéreur éventuel de titres dont le transfert ne pouvait avoir lieu qu'en vertu d'une délibération du Conseil d'administration, avait soutenu que la société avait abusé de son droit, dans le but de lui nuire, mais il n'avait pu le prouver.

La Cour a décidé que, s'ils y étaient autorisés par une clause expresse, les représentants sociaux n'avaient pas à motiver leur refus et que c'était au cessionnaire évincé à démontrer l'illégitimité des mobiles qui avaient fait repousser sa candidature. Le fardeau de la preuve, d'une importance capitale en l'occurence, se trouvait ainsi renversé.

La clause d'agrément pur et simple a normalement pour but d'écarter les cessionnaires étrangers à la société. Mais peut-elle s'appliquer entre actionnaires ? La plupart des auteurs répondent par la négative [2].

1. V. également note précitée, H. Bosvieux, *Journ. Soc.*, 1930, p. 26.
2. Houpin et Bosvieux, *op. cit.*, t. I, n° 456, p. 543 ; — Lagarde, *op. cit.*, p. 114 ; — Moras, *op. cit.*, p. 37.

Cependant, l'arrêt de la Cour de Paris du 10 novembre 1938, que nous venons de citer, contredit cette thèse, puisqu'il a implicitement reconnu comme valable, un refus d'agrément, même non motivé, alors que le demandeur était déjà actionnaire de la société.

Une dernière question se pose en matière de clauses d'agrément. Peuvent-elles régir les transmissions d'actions à titre gratuit, comme les transferts à titre onéreux. Il faut distinguer :

S'agit-il de donations entre vifs, il n'y a aucune raison, de ne pas leur appliquer la clause d'agrément, car la société peut avoir les mêmes motifs d'écarter un nouveau titulaire, qu'il soit acquéreur à titre onéreux ou donataire.

La seule objection qui pourrait être faite, serait tirée de la règle « Donner et retenir ne vaut », le cédant n'ignorant pas que la personne, qu'il veut gratifier de ses actions, pourra être évincée par le refus de représentants sociaux. Mais cette objection ne joue pas, car nous savons que les donations sous condition mixte, dépendant à la fois de la volonté du donateur et d'un tiers (ici la société) échappent à la prohibition des donations sous condition potestative [1].

Au contraire, en cas de *transmissions à cause de mort* (Successions ou testaments), la clause d'agrément ne peut s'appliquer sous peine de créer une situation sans issue pour les héritiers et légataires de l'actionnaire décédé, qui, en cas de refus, seraient dépossédés sans contre-partie de titres, qui, dès lors, n'appartiendraient à personne.

Pour que la convention d'agrément soit licite en cette

1. Cf. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, Paris, 1940, t. III, nos 356 et suiv., p. 822.

hypothèse, elle devra être accompagnée d'une clause de rachat obligatoire (organisant la cession des titres à d'autres bénéficiaires que les héritiers et légataires évincés) ou plus simplement d'une clause de préemption [1].

D'une façon générale, la clause de préemption simple ou combinée avec la clause d'agrément est plus volontiers utilisée que cette dernière, justement pour éviter les objections tirées de l'incessibilité des titres, qui pourrait résulter de la convention, et, aussi, pour écarter le contrôle judiciaire, susceptible de s'exercer à propos des limites de validité que nous venons d'indiquer [2].

§ 3. — La validité de principe de la clause de préemption : intérêt des problèmes soulevés par la détermination de son domaine d'application.

La validité de la clause de préemption a été reconnue de bonne heure par la Cour de cassation (Req., 13 mars 1882, D.P. 1883.1.83 ; S. 1883.1.327) et n'a jamais été sérieusement contestée depuis [3].

Le droit de préemption a été souvent comparé aux différents retraits d'indivision prévus par le Code civil : retrait successoral (Art. 841), retrait à la dissolution de la communauté de l'immeuble appartenant par indivis à la femme (Art. 1408), retrait de droits litigieux (Art. 1699).

1. La même solution est à conseiller, en matière de transferts à titre onéreux, s'il s'agit d'une adjudication sur saisie, en vue d'éviter des discussions et des procès ; ou alors, les statuts devront désigner les membres de la société ou les tiers qui pourront concourir à l'adjudication, par préférence aux acquéreurs éventuels. Comp. Cour de Douai, 11 mai 1906, (D.P. 1909.2.76, *Journ. Soc.*, 1907, p. 274) décision rendue à propos d'une clause de préemption.

2. Cf. Note de M.N. sous Trib. civ., Seine, 21 janvier 1925, D.P. 1927. 2.106.

3. V. cependant Trib. com. Clermont-Ferrand, 29 octobre 1929, D.H. 1929, p. 580, *Journ. Soc.*, 1930, p. 26, note de H. Bosvieux.

Ce rapprochement a été justement critiqué par la majorité de la doctrine[1]. Tous les retraits légaux ont en effet un caractère commun. Le retrayant se trouve en présence « d'un transfert de propriété valablement opéré ». La loi l'autorise à prendre la place du propriétaire légitime en lui payant le prix d'achat (plus les intérêts et les frais éventuels) ; il y a là une véritable expropriation faisant disparaître rétroactivement la transmission primitive.

Au contraire, la clause de préemption s'oppose au transfert qu'elle empêche de se réaliser. Cette différence fondamentale explique que le prix de préemption ne soit pas forcément celui qui avait pu être offert par le candidat acquéreur, et d'autre part, que la cession effectuée « au mépris du droit de préférence » stipulé par la société soit annulable[2].

Bien qu'au point de vue terminologie, les deux expressions soient indifféremment employées, il est nécessaire de distinguer soigneusement la préemption du retrait, dont il ne faut pas négliger le caractère de rétroactivité : ici toutes les conséquences que la cession primitive a déjà pu entraîner (nouveaux transferts, privilèges consentis, etc...) sont supprimées.

C'est là un inconvénient grave qui explique que la clause de retrait proprement dite soit rarement utilisée en pratique[3].

Une autre analyse de la clause de préemption a été faite, qui paraît plus exacte.

1. V. G. Lagarde, *op. cit.*, p. 105. ; — A. Charron, « Essai d'analyse juridique des clauses de préemption ou de reprise stipulées dans les statuts », *Journ. des Notaires*, 1934, article 38175, p. 1057 et suiv. — V. également M. Moras, *op. cit.*, p. 47 ; — H. Lechner, *Les droits propres des actionnaires*, thèse, Nancy, 1932, p. 109.

2. A. Charron, *op.* et *loc. cit.*

3. V. cependant Trib. civil Seine, 20 mars 1880, *Journ. des Soc.*, 1880, p. 309 et la note de G.D.

« L'engagement que prend l'actionnaire en entrant dans la société de ne vendre ses actions, qu'après que l'organe de la société aura agréé son acquéreur, sinon de subir le droit de préemption des autres actionnaires ou d'un tiers, n'est pas autre chose qu'une promesse de vente conditionnelle de la part du cédant analogue au pacte de préférence. Et la condition potestative dont il s'agit ici est une condition potestative valable, car elle n'est pas purement potestative »[1].

En effet, l'actionnaire peut être obligé de vendre pour une raison quelconque ; il peut aussi décéder, ou ses actions peuvent être vendues à la suite d'une adjudication sur saisie[2].

S'il s'agit d'une clause de préemption pure et simple, la promesse de vente se transforme en vente, lorsque les actionnaires ou les tiers désignés exercent leur droit de préemption.

Si la clause de préemption est combinée avec une clause d'agrément, la promesse de vente vaut vente, lorsque l'agrément est refusé, et que la préemption devient alors obligatoire.

On a cependant soutenu que, dans ce cas, l'assimilation de la clause de préemption à une promesse de vente conditionnelle ne pouvait être admise, car l'actionnaire cédant aurait toujours le droit, en cas de refus d'agrément, de renoncer à la cession projetée[3]. Nous ne partageons point cette opinion et verrons plus loin que, même s'il s'agit d'une clause combinée d'agrément et de préemption, une stipulation expresse, interdisant à l'ac-

1. A. CHARRON, *op.* et *loc. cit.* Dans le même sens P. CAMIER, *op. cit.*, p. 79 et 80.

2. En cas de décès ou de saisie, la condition n'est d'ailleurs plus potestative, mais casuelle.

3. V. A. TAMBOISE, *op. cit.*, p. 126 à 128.

tionnaire de renoncer à la cession, serait licite : l'argument invoqué n'est donc pas valable [1].

Une autre objection plus grave a été faite à l'encontre de la validité des clauses de préemption applicables en cas de décès, elles se heurteraient à la prohibition légale des pactes sur succession future, édictée par l'article 1130 du Code civil.

Pour parer à cette objection, que d'ailleurs nous ne croyons pas décisive [2], M. A. Charron (*op. et loc. cit*) a eu recours à une explication ingénieuse. Il a admis que dans l'hypothèse d'une mutation à cause de mort, la clause de préemption ne doit plus être considérée comme une promesse de vente, mais peut s'analyser en :

« 1° Une convention d'exclusion de l'héritier permise pour des raisons tirées du droit des sociétés ;

« 2° Un mandat « *post mortem* » irrévocable attribué, dans l'intérêt commun de l'actionnaire et de la société, à celle-ci, de céder, pour le cas de non-agrément de l'héritier, les actions dont l'actionnaire était titulaire ». Or, d'après l'auteur, le mandat « *post mortem* » est licite, quoique exceptionnel [3].

Nous hésitons cependant à assimiler à un mandat, un droit de préemption stipulé uniquement en faveur de la société ou des bénéficiaires désignés par elle. De plus, M. Charron (*op. et loc. cit in fine*) avec cette analyse, arrive à des conclusions assez gênantes concernant les modalités du transfert qui devra être obligatoirement effectué au nom des héritiers (Production des certificats de propriété et de paiement des droits de mutation, délais, oppositions, etc...) : avec cette théorie il faut, en

1. V. *infra*, chap. I, section II, p. 67.
2. Cf. *infra*, chap. I, section I, p. 47 et suiv.
3. Cf. JOSSERAND, *op. cit.*, t. II, n° 1426, p. 873 et 874.

effet admettre que si le droit de préemption est exercé, lesdits héritiers sont cependant titulaires des actions jusqu'au jour où la cession est effectuée par les soins de la société mandataire du « *de cujus* ».

Aussi, préférons-nous une explication plus simple tirée du droit des sociétés et valable aussi bien en cas de mutations par décès que de mutations entre vifs.

Nous avons déjà analysé la clause d'agrément comme une condition suspensive affectant les transmissions d'actions.

On peut également considérer la clause de préemption simple ou combinée, comme une condition *suspensive* frappant, non pas le transfert tout entier, mais un seul de ses éléments, la désignation du nouveau titulaire des actions [1].

S'agit-il d'une cession amiable entre vifs, la condition s'oppose au libre choix du cessionnaire par le cédant.

En cas d'adjudication sur saisie ou de décès, la condition suspensive affecte la désignation du nouveau titulaire par autorité de justice, saisie par la loi (successions) ou par le « *de cujus* » (testaments).

La condition suspensive jouera différemment, suivant que la clause de préemption sera pure et simple ou combinée avec une clause d'agrément.

1° *Clause de préemption pure et simple.*

Si les bénéficiaires de la clause n'exercent pas leur droit de préemption, la condition est réalisée et la désignation du titulaire redevient libre pour l'actionnaire cédant. Si au contraire, un d'entre les bénéficiaires use de ses prérogatives, la condition est défaillie et le choix du cessionnaire n'appartient plus au cédant (ou en cas

1. Et non pas comme une condition résolutoire, qui impliquerait une idée de rétroactivité. V. cependant A. CHARRON, *op.* et *loc. cit.* et note H.L. sous Cour de Lyon, 5 février 1936, *Journ. Soc.*, 1938, p. 230.

de saisie ou de transmission par succession, sa désignation ne dépend plus des résultats de l'adjudication ou de la dévolution successorale).

2° *Clause de préemption combinée avec la clause d'agrément.*

Si l'agrément est accordé, la condition est réalisée. S'il est refusé, elle est défaillie, mais, sauf stipulation contraire, le cédant qui attache personnellement de l'importance au choix du nouveau titulaire de ses actions, peut renoncer à la cession.

L'analyse juridique que nous venons de donner ne serait pas complète si nous ne faisions ressortir le caractère « facultatif » de la clause de préemption, qui la distingue d'une convention de nature semblable, la clause de rachat obligatoire ; ici, il ne s'agit plus d'une condition suspensive affectant le transfert et qui peut rester sans effet, si l'agrément est accordé ou si le droit de préemption n'est pas exercé ; la clause de rachat obligatoire joue automatiquement lorsque l'actionnaire quitte (volontairement ou non) la société[1].

Les clauses de préemption apportent donc à la transmissibilité des actions des restrictions moins graves que les clauses d'agrément pur et simple, dont d'ailleurs la licéité est aujourd'hui admise. Le domaine d'application du droit de préemption doit donc être plus vaste que celui du droit d'agrément, et nous verrons que la jurisprudence (approuvée par la doctrine) est dans ce sens. La seule question délicate, qui s'est maintes fois posée devant les tribunaux, est celle du prix de préemption qui, lorsque le libre choix du cessionnaire n'est plus laissé à

1. Cf. Req., 24 janvier 1934 (S., 1935.1.17 note P. Esmein) ; Civ., 6 mars 1935 (S.,1937.1.249, note H. Rousseau, *Journ. Soc.*, 1936, p. 614, note P. Cordonnier).

l'actionnaire cédant, est généralement déterminé par les organes représentatifs de la société. Les décisions, à ce sujet, sont souvent contradictoires et les auteurs divisés. C'est ce qui fait l'intérêt des problèmes que nous allons nous efforcer de résoudre dans les chapitres suivants :

Chapitre I. — *Le domaine d'application et les conditions générales de validité des clauses de préemption.*

Chapitre II. — *Les différents modes de détermination du prix de préemption : les clauses accessoires d'évaluation.*

Chapitre III. — *La validité de la clause d'évaluation et ses limites.*

Nous conclurons en cherchant à fixer le sens actuel de l'évolution doctrinale et jurisprudentielle en matière de clauses de préemption et de clauses d'évaluation.

Mais avant d'aborder notre sujet, quelques précisions sont nécessaires.

1° Nous n'avons jusqu'ici parlé que des clauses de préemption dans les sociétés par actions. Peuvent-elles se rencontrer dans d'autres sortes de sociétés ? La seule hypothèse à envisager est celle des sociétés à responsabilité limitée, créées par la loi du 7 mars 1925, qui prévoit dans son article 22, que les parts sociales pourront être cédées à des tiers étrangers, avec le consentement de la majorité des associés représentant au moins les 3/4 du capital social.

Une partie de la doctrine estime que cette disposition est incompatible avec le droit de préemption. Nous pensons avec M. Moras (*op. cit.*, p. 62 à 63) que c'est là une erreur et que la clause de préemption peut être insérée dans les statuts d'une société à responsabilité limitée, à condition cependant de respecter le droit de veto de la

majorité des associés [1]. La seule convention possible est donc la clause combinée d'agrément et de préemption, mais avec préemption facultative pour la société, car si elle était obligatoire, le droit de veto ne pourrait jouer dans certains cas, par exemple si le droit de préemption n'était pas exercé en temps voulu, faute d'acquéreurs [2].

La clause de préemption peut même être très utile dans les sociétés à responsabilité limitée, en cas de décès d'un associé, lorsqu'on veut écarter des ayants droit jugés indésirables. Elle est cependant peu usitée.

2° Nous ferons remarquer également que les clauses de préemption peuvent s'appliquer non seulement à des actions, mais aussi à des parts de fondateur (V. Statuts Société Michelin, rédaction du 12 novembre 1916, art. 9).

Les principes d'application sont les mêmes, mais, pour les sociétés, l'intérêt est moindre, car les porteurs de parts ne sont pas des associés et s'ils ont parfois un rôle à jouer dans la marche de la société, c'est le plus souvent en vue du contrôle de la répartition des bénéfices et des réserves. Par suite, les parts de fondateurs sont rarement visées par des clauses de préemption.

Nous n'envisagerons donc ici que les clauses relatives aux actions des sociétés en commandite ou anonymes ; nos développements vaudront également pour les deux catégories de sociétés, et, en conséquence, nous emploierons indifféremment au cours de cet ouvrage les termes de gérant et de conseil d'administration.

1. V. également Chambaz et Lebland, « Précis des sociétés »*Beaugency*, 1934, n° 475, p. 196.
2. Cf. *infra*, chap. I, section II, p. 69.

CHAPITRE PREMIER

LE DOMAINE D'APPLICATION ET LES CONDITIONS GÉNÉRALES DE VALIDITÉ DES CLAUSES DE PRÉEMPTION

Nous venons de voir que la jurisprudence et la doctrine reconnaissent désormais, pleinement, aux sociétés par actions, le droit de défendre les *intérêts sociaux* par des clauses restrictives de la transmissibilité des actions. Les clauses de préemption paraissent répondre particulièrement à cette nécessité. Néanmoins ce besoin de défense doit être concilié avec les droits de l'actionnaire nés du *contrat de société* et avec les règles générales du droit. Les clauses de préemption comportent donc des limites d'application (dont le cercle tend d'ailleurs à s'élargir de plus en plus) et sont soumises également à des conditions générales de validité.

SECTION I

LE DOMAINE D'APPLICATION DES CLAUSES DE PRÉEMPTION

Différentes considérations sont susceptibles de venir limiter ce domaine d'application. Nous allons examiner successivement :

§ I. — *Les clauses de préemption originaires et les clauses introduites ou modifiées au cours de la vie de la société.*

§ II. — *Les bénéficiaires du droit de préemption.*

§ III. — *La nature des transferts susceptibles d'être régis par la clause de préemption.*

§ IV. — *Les modes de transmission compatibles avec la clause de préemption.*

§ V. — *L'interprétation restrictive de la clause de préemption.*

§ 1. — Les clauses de préemption originaires et les clauses introduites ou modifiées au cours de la vie de la société.

Les clauses de préemption sont parfois stipulées à l'origine de la société lors de la première rédaction des statuts. Leur validité de principe ne souffre alors aucune discussion.

Cependant, la Cour de Paris [1] a eu à connaître d'un cas particulier dans lequel le Conseil d'administration d'une société *en cours de liquidation*, s'était prévalu d'une clause combinée d'agrément et de préemption. L'assemblée générale, qui devait fixer le prix de préemption, n'avait pas été réunie, mais le rachat ayant été effectué au prix offert par le candidat acquéreur, il a été jugé que la clause pouvait jouer valablement, même si la société se trouvait en liquidation.

Le problème est plus complexe lorsqu'il s'agit d'une décision de l'assemblée générale introduisant une clause nouvelle ou aggravant une clause préexistante.

1. Arrêt du 23 novembre 1933, S. 1954.2.195 note anonyme.

Jusqu'à la loi du 22 novembre 1913, modifiant les pouvoirs de l'assemblée générale extraordinaire, la jurisprudence et en particulier, la Cour de Cassation (arrêt précité du 14 mai 1895) considérait, comme ne portant pas atteinte aux bases essentielles du pacte social, l'insertion dans les statuts, d'une clause de préemption. Par la suite, la théorie des bases essentielles a été remplacée par celle des droits propres de l'actionnaire[1], mais la tendance de la jurisprudence n'a pas changé. Les tribunaux de commerce, eux-mêmes, hostiles en général aux restrictions conventionnelles de la cessibilité des actions, s'ils répugnaient à admettre l'introduction après coup de dispositions de ce genre, autorisaient l'assemblée générale statuant à la majorité, à renforcer un droit de préemption préexistant.

A partir de la loi de 1913, aucune décision jurisprudentielle n'est intervenue ni en faveur, ni à l'encontre de cette thèse et l'on aurait pu croire, « *a fortiori* » que le nouveau texte avait encore renforcé l'omnipotence de l'assemblée générale extraordinaire en matière de clauses restrictives de la transmissibilité.

2° L'arrêt de la Chambre des Requêtes du 2 janvier 1924 a tout remis en question. Cette décision de la Cour suprême a été abondamment commentée[2] et nous n'y reviendrons que très rapidement. Il nous suffira de rappeler que dans cette espèce (Godin contre Société des Rizeries françaises) un actionnaire avait saisi le tribunal de commerce du Hâvre d'une demande en nullité d'une délibération d'assemblée générale, introduisant dans

1. Cf. R. David, *La protection des minorités dans les sociétés par actions*, thèse, Paris, 1928, p. 112 et suiv. et G. Lagarde, *op. cit.*, p. 124.

2. V. en particulier, notes de J. Escarra, D.P. 1927.1.161 de P. Esmein, S. 1924.1.225 et de H. Bosvieux, *Journ. Soc.*, 1925, p. 83.

les statuts une clause d'agrément combinée avec un droit de préemption facultatif en faveur du Conseil d'administration.

Cette clause était particulièrement draconienne, en ce sens que le refus d'agrément n'avait pas à être motivé et que la préemption dans les cas où le Conseil d'administration trouvait avantageux de la faire jouer, pouvait s'exercer à un prix arbitrairement fixé, qui ne devait pas dépasser un maximum fixé annuellement par l'assemblée générale ordinaire[1]. En l'occurence, les organes de la société saisis d'une demande de transfert de la part du sieur Godin, à qui l'on avait offert un prix de 1.600 francs par action, avaient émis la prétention d'exercer le droit de préemption au prix de 850 francs, bien que lors d'une précédente cession, le cours de 1.500 francs eut été obtenu.

Le 28 octobre 1921, le tribunal de commerce du Havre a annulé la décision de l'assemblée générale extraordinaire et nommé un arbitre chargé de déterminer les dommages-intérêts qui étaient dus au demandeur. La Cour de Rouen par un arrêt du 3 janvier 1923, a confirmé le jugement, et le 2 janvier 1924, la Chambres des Requêtes a rejeté le pourvoi formé par la société des Rizeries, en se fondant principalement sur le motif que les engagements du sieur Godin avaient été indûment augmentés par la délibération d'une majorité d'actionnaires, modificative des statuts, « qui avait ainsi contrevenu à l'article 31 de la loi du 24 juillet 1867 modifié par la loi du 22 novembre 1913 ».

La majorité de la doctrine a approuvé l'arrêt de la Cour de Cassation, pour des raisons d'équité ; mais en a critiqué les motifs, comme faisant apparaître une confusion

1. La clause jouait également en cas de décès et entre actionnaires.

certaine entre l'augmentation des engagements des actionnaires et la diminution de leurs droits »[1]. « Seule la théorie de l'abus de droit et du détournement de pouvoirs devait permettre aux juges du fond et à la Cour de Cassation de prononcer la nullité de la décision introduisant la clause incriminée »[2].

L'arrêt de la Chambre des Requêtes du 2 janvier 1924 a cependant fait jurisprudence. En particulier, le Tribunal civil de la Seine, par son jugement du 21 janvier 1925 (Cercle Artistique et littéraire contre Société Immobilière de Saint-Arnaud) a annulé comme aggravant les charges des actionnaires, une décision d'assemblée générale ayant introduit dans les statuts une clause restrictive[3] ; et cette annulation a été prononcée « en dehors de tout abus d'application dont le demandeur se serait plaint »[4].

Il y avait donc, à propos des pouvoirs de l'assemblée générale extraordinaire, une sérieuse divergence de vues entre la jurisprudence et les auteurs. L'arrêt récent de la Chambre civile du 9 février 1937[5], a mis heureusement fin à cette controverse en confirmant nettement l'opinion de la doctrine.

Dans cette espèce, il s'agissait d'un droit de préemption qui, primitivement était réservé aux actionnaires, en cas de transferts entre vifs. Une première assemblée

1. V. Houpin et Bosvieux, *op. cit.*, t. II, n° 1262, p. 479 note 1 ; — Tamboise, *op. cit.*, p. 150 à 155. — V. cependant contra Copper Royer *op. cit.*, t. III, n° 565 bis, p. 565 et suiv.

2. René David, *op. cit.*, p. 118 et suiv. Cf. *infra*, chap. III, sect. I, p. 112 et suiv.

3. D P. 1927.2.106. note de M.N. — Voir dans le même sens Trib. com. de la Seine, 4 mars 1926, I, Bontemps c. Société « La Tôlerie industrielle ».

4. R. David, *op.* et *loc. cit.*,

5. Dame Vve Dewailly et autres c. Société « Le Progrès de la Somme », D.P. 1937.1., p. 73. Note de A. Besson ; S. 1937.1.129, note de H. Rousseau ; *Journ. Soc.*, 1937, p. 266. Note de P. Cordonnier, *Rev. gén. Dr. comm.*, 1938, p. 534, note de A. Jauffret.

avait étendu la clause aux transmissions à cause de mort et une deuxième assemblée avait attribué au seul Conseil d'administration, la faculté de racheter les titres, qui à l'origine appartenait à l'ensemble des associés ; la clause de préemption statutaire se trouvait ainsi doublement aggravée.

S'appuyant sur les motifs de l'arrêt du 2 janvier 1924, certains actionnaires avaient demandé la nullité des délibérations de l'assemblée générale.

La Cour d'Amiens, le 12 juillet 1929 [1] avait repoussé en partie leur prétention ; mais, hésitant à rompre trop brutalement avec la doctrine de la Chambre des Requêtes elle avait tiré argument du fait que, dans la circonstance, il n'était plus question de l'introduction d'une clause restrictive applicable aux transferts à titre onéreux, mais simplement de l'extension d'une clause préexistante aux transmissions à cause de mort : cette modification ne pouvait donc constituer une augmentation des engagements des actionnaires. Par contre, la Cour annulait la seconde délibération accordant le droit de préemption au Conseil d'administration, mais en se basant uniquement sur le principe de l'égalité entre actionnaires [2].

La Chambre civile a confirmé dans son ensemble la décision des juges du fond, mais, revenant très nettement sur l'interprétation adoptée par la Chambre desRequêtes, elle a donné une définition précise de l'augmentation des engagements des actionnaires qu'il ne faut pas confondre avec la diminution de leurs droits :

« Les engagements des actionnaires primitifs ne sont augmentés que si les dispositions prises par l'assemblée

1. *Journ. Soc.*, 1929, p. 651, note de P. CORDONNIER.
2. Cf. *infra*, chap. III, sect. I, p. 105 et suiv.

générale entraînent une aggravation de la dette contractée par eux envers la société ou envers les tiers ».

1° Et par aggravation de la dette envers la société il faut entendre non seulement l'obligation de verser davantage [1], mais aussi le fait de voir rendues plus rigoureuses les modalités du versement (par exemple l'appel du solde des actions à libérer avant l'échéance prévue, l'interdiction de libérer les actions par compensation, l'élévation du taux des intérêts de retard, etc...) [2].

2° Quant à l'aggravation de la dette envers les tiers, elle se traduit par le fait, pour l'actionnaire, d'être tenu au delà de sa mise en société.

Il s'agira, par exemple, d'une transformation de la société ayant pour effet de substituer à la responsabilité des actionnaires, la responsabilité indéfinie des associés. Cette décision devra être prise à l'unanimité, alors qu'en général, d'après l'article 31 (2e alinéa) de la loi du 24 juillet 1867, les modifications ordinaires touchant à la forme de la société sont valables, si elles ont été votées à la mojorité des 2/3 des voix, par une assemblée d'actionnaires représentant les 3/4 du capital social. On peut estimer encore qu'il y a une aggravation de leur dette envers les tiers, lorsque les actionnaires sont obligés de souscrire aux augmentations de capital. Mais on s'est également demandé, si les engagements des actionnaires ne se trouvaient pas accrus par la conversion directe des réserves disponibles en actions. Certains auteurs l'ont

1. Comparer avec les termes de l'article 31 de la loi du 7 mars 1925 sur les sociétés à responsabilité limitée qui interdit d'augmenter la part sociale. Cf. note A. JAUFFRET, *Revue générale de droit commercial*, 1938, p. 539.

2. V. en ce sens, notes précitées A. BESSON, sous Civ., 9 février 1937 et M.N. sous Trib. civ. Seine, 21 janvier 1925, D.P. 1927.2.106. — Egalement note H. BOSVIEUX sous Req., 2 janvier 1924. *Journ. Soc.* 1926, p. 85.

soutenu [1] : en effet, cette opération, en tant qu'elle augmente le capital, renforce dans une certaine mesure le gage des créanciers sociaux ; mais il faut admettre avec la majorité de la doctrine [2] que « cette conversion a seulement pour effet de transformer le droit indivis des actionnaires sur les réserves en un certain nombre d'actions libérées et n'entraîne pour les actionnaires aucun engagement nouveau proprement dit : elle ne saurait donc être assimilée à une augmentation des engagements au sens de l'article 31 ».

La Cour de Cassation dans son arrêt du 9 février 1937, fait d'ailleurs observer que « parce qu'il déroge à la souveraineté de l'assemblée, qui est la règle, le domaine des décisions unanimes, dans lequel entre l'augmentation d'engagements des actionnaires, doit s'interpréter restrictivement ».

En matière de clauses restrictives de la transmissibilité, cette interprétation se comprend d'autant mieux que l'arrêt ancien de la Chambre des Requêtes du 14 mai 1895, autorisait déjà l'assemblée générale extraordinaire à introduire dans l'acte de société, au cours de la vie sociale, une disposition restreignant la cessibilité des actions. D'autre part, depuis la loi du 7 mars 1925 créant des sociétés à responsabilité limitée, il serait absurde d'exiger un accord unanime, pour l'adoption d'une clause restrictive, alors que la transformation d'une société par actions en société à responsabilité limitée (qui restreint bien davantage la transmissibilité des parts sociales) peut être décidée par une assemblée représen-

1. Cf. Note H. Bosvieux sous Req., 2 janvier 1924, *Journ. Soc.*, 1925, p. 83.

2. Cf. note précitée P. Cordonnier sous Civ., 9 février 1937, *Journ. Soc.*, 1937, p. 266.

tant seulement les 3/4 du capital social et à la majorité des 2/3 des actionnaires présents ou représentés.

L'arrêt du 9 février 1937 dissipe tout malentendu à ce sujet[1], il reconnaît à l'assemblée générale délibérant à la simple majorité dans les conditions fixées par l'article 31, le droit d'aggraver une clause de préemption primitivement inscrite dans les statuts en l'étendant d'abord aux transmissions à titre gratuit même à cause de mort, puis en changeant les bénéficiaires du droit de préemption ; sur ce dernier point la Cour d'Amiens, nous l'avons vu, s'était prononcée en sens contraire.

En réalité, l'assemblée générale a même la possibilité d'introduire dans le pacte social une convention restrictive du transfert des actions, alors qu'auparavant le commerce en était parfaitement libre ; à plus forte raison l'assemblée peut-elle modifier les dispositions d'une clause déjà existante, soit pour les aggraver, soit au contraire pour les atténuer[2].

§ 2. — Les bénéficiaires du droit de préemption.

Nous venons de voir que les bénéficiaires du droit de préemption sont susceptibles d'être désignés par l'assemblée générale. Ceci nous amène à nous demander quels peuvent être ces bénéficiaires.

1. V. dans le même sens Trib. com. Seine, 15 juin 1939, *Rev. Soc.*, 1939, p. 327.

2. V. dans se sens, Req., 5 janvier 1926 (*Journ. Soc.*, 1927, p. 139) : cette décision a admis la validité de la délibération d'une assemblée générale, qui réduisait la portée d'une clause de préemption, en étendant aux beaux-pères et aux gendres la faculté de transmettre librement des actions ou des parts de fondateur, laquelle existait déjà pour les parents jusqu'au 4e degré.

A. *Actionnaires.*

Le droit de préemption est le plus souvent prévu en faveur des premiers actionnaires.

1° Il peut s'agir de la *collectivité des actionnaires.*

Dans ce cas, le mode de désignation des bénéficiaires est variable.

La société tient parfois une liste nominative des actionnaires qui ont manifesté précédemment leur intention d'acquérir de nouveaux titres ou plus simplement il est tenu compte de l'ordre d'arrivée des demandes, lors de chaque cession.

Parfois aussi, il est prévu que le droit de préemption sera réservé aux détenteurs d'actions privilégiées.

Un système fréquemment utilisé est celui de l'adjudication restreinte ; les titres préemptés sont alors attribués au plus offrant.

2° *Le conseil d'administration,* se réserve, dans beaucoup de cas, le bénéfice de la clause de préemption.

Il y trouve des avantages certains, en particulier celui de pouvoir se maintenir en fonctions « en interdisant les concentrations d'actions aux mains de ses adversaires »[1].

Mais deux objections ont été faites à ce sujet :

D'une part, le conseil d'administration n'ayant pas la personnalité juridique, ne peut exercer le droit de préemption qu'en qualité de mandataire des associés, c'est-à-dire au profit de la généralité des actionnaires.

D'autre part, la clause de préemption stipulée en faveur du seul conseil d'administration porterait atteinte au principe de l'égalité entre actionnaires[2].

1. Cf. Note H. Rousseau sous Cour de Douai, 17 décembre 1931, S. 1932.2.82.

2. V. dans ce sens, arrêt précité Cour d'Amiens, 12 juillet 1929, *supra*, p. 32.

Aucun de ces arguments ne mérite d'être retenu.

Les administrateurs sont certainement des actionnaires privilégiés qui, par suite, peuvent être « investis de droits et d'avantages qui leur sont personnels et dont les autres actionnaires ne sont pas fondés à réclamer le bénéfice »[1]. Il n'y a là aucune violation déguisée de la règle d'égalité à laquelle, nous le verrons, il est permis de déroger dans les statuts.

Par ailleurs, la personnalité juridique n'étant pas reconnue au conseil d'administration, il pourra faire opérer le rachat des actions par quelques-uns de ses membres[2] et il a même été décidé qu'en l'absence d'une stipulation expresse, les autres actionnaires ne pourraient se prévaloir de la clause de préemption[3].

B. *Société.*

La question est plus délicate, lorsque le droit de préférence est attribué, en termes généraux, à la *société* elle-même, qui est ainsi amenée à racheter ses propres actions. Ici, il faut distinguer, suivant que le rachat est effectué au moyen de bénéfices (ou de réserves facultatives) ou à l'aide du capital (ou de la réserve légale) :

1° Dans le premier cas, le rachat est licite à condition que les statuts ne s'opposent pas expressément à cette destination particulière des bénéfices ou des réserves facultatives[4].

1. Arrêt précité de la Cour de Lyon du 5 février 1936, *Journ. Soc.*, 1938 p. 229 et la note de H. LECOMPTE.

2. V. arrêt précité de la Cour de Douai du 17 décembre 1931.

3. Arrêt précité, Cour de Lyon, 5 février 1936.

4. A propos du rachat effectué au moyen des réserves, un problème technique se pose. Le capital nominal de la société est resté le même, alors qu'une partie de ce capital n'est plus représentée par des actions ; celles-ci en effet, ont dû être annulées, une société ne pouvant garder en portefeuille ses propres actions. Il faudra donc :

a) soit que des actions de jouissance soient remises aux actionnaires restant en société ;

b) soit que l'assemblée générale extraordinaire vote une augmenta-

2° Mais la validité du rachat opéré au moyen d'un prélèvement sur le capital social est discutée en doctrine [1].

La Chambre civile, par son arrêt bien connu du 15 mars 1927 [2], qui cassait l'arrêt de la Cour de Lyon du 23 juillet 1925, s'est prononcée pour la négative.

L'espèce était la suivante. Les statuts de la société contenaient une clause ainsi rédigée : « toutes cessions, sauf par décès et entre actionnaires devront être agréées par le conseil d'administration ; si le conseil n'agrée pas, il sera *tenu* dans le délai d'un mois de faire racheter les actions par toutes personnes et sociétés qu'il lui plaira de désigner. Un actionnaire avait présenté à la société une cessionnaire des 400 actions de 100 fr. lui appartenant. Sur le refus de la société d'agréer ce cessionnaire, l'actionnaire a assigné celle-ci en paiement de 40.000 fr. pour prix de rachat de ses actions et a obtenu satisfaction du tribunal. La société a formé appel de ce jugement en soutenant qu'il n'avait pu l'obliger à opérer le rachat de ses propres actions, alors surtout qu'elle ne disposait d'aucune réserve ou bénéfice, et que ce rachat devait être effectué à l'aide d'un prélèvement sur le capital. La Cour de Lyon a cependant confirmé et a décidé que, faute par la société de procurer un acquéreur, elle pouvait être tenue au paiement de la somme représentant le montant des dites actions et que sa condamnation ne saurait être critiquée par le motif qu'elle peut porter atteinte à son actif ou même entraîner l'amortissement de quelques-unes de ces actions ».

tion de la valeur nominale des actions, proportionnelle à la valeur des titres rachetés.

1. Par contre, le report effectué par une société sur ses propres titres, à l'aide du capital, est généralement admis.

2. Société française des fonderies et aciéries électriques c. Pasquier, *Journ. des Soc.*, 1928, p. 155, note de C. Houpin, *Rev. Soc.*, 1927, p. 227 ; *Sem. Jur.*, 16 juin 1927, p. 1405.

« La Chambre civile a cassé cet arrêt par le motif que toute convention intervenue entre la société et un actionnaire ayant pour résultat de restituer à celui-ci la mise par lui versée, doit être réputée nulle et sans effet ; qu'il en est ainsi notamment du rachat par une société de ses propres actions, lorsqu'il doit réduire le capital social ».

Cette décision doit-elle être entièrement approuvée? Nous ne le croyons pas. En réalité, la clause incriminée aboutissait ici à interdire au demandeur tout transfert de ses titres [1] ; de toute façon, d'après M. Houpin [2], l'actionnaire cédant « pouvait intenter contre la société une action en dommages-intérêts, à raison du préjudice qu'il avait éprouvé par suite de l'inexécution de l'engagement par elle pris, de trouver un acquéreur, et le demandeur était fondé à poursuivre le paiement des dommages-intérêts qui lui auraient été accordés, alors même que ce paiement aurait eu pour conséquence d'entraîner la diminution de l'actif représentatif du capital social qui forme la garantie des créanciers de la société » car, même si l'on soutient « qu'une société ne peut racheter ses actions avec des fonds faisant partie du capital social », il faut admettre qu'elle peut contracter des engagements dont les tiers peuvent poursuivre l'exécution sur tous les biens sociaux ».

En outre, les observations suivantes s'imposent :

a. La préemption peut s'exercer, même en l'absence de bénéfices ou de réserves, si elle est consécutive à une réduction de capital en cours, autorisée par l'assemblée générale extraordinaire et, à condition que le montant des rachats ne dépasse pas celui de la réduction de capital et que les formalités de publicité prévues par l'article 59, 1°, de la loi du 14 juillet 1867 (modifié par le

1. R. David, *op. cit.*, p. 133 et 134.
2. V. note précitée, *Journ. Soc.*, 1926, p. 159.

décret du 30 octobre 1935) soient remplies[1] : ainsi la double règle de la fixité et de la publicité du capital social ne sera pas violée[2].

b. D'autre part, même si la préemption est effectuée en dehors de la procédure normale de la réduction de capital, la nullité qui frappe le rachat est une nullité relative. Elle peut être couverte ultérieurement, avec l'accord de l'assemblée générale extraordinaire dans les conditions prévues à l'article 8 de la loi du 24 juillet 1867, complété par le décret du 30 octobre 1935 et suivant la publicité requise par l'article 59, 1°, de la même loi.

c. La réserve légale pouvant être considérée comme un prolongement du capital social, le rachat effectué à l'aide des fonds qui en proviennent, est licite dans les mêmes conditions[3].

C. *Etrangers à la société.*

Il peut arriver que des étrangers à la société bénéficient de la clause de préemption.

Généralement, il s'agira de parents proches des actionnaires, de collaborateurs de l'entreprise ou de relations d'affaires, désignés par les soins du conseil d'administration ou de l'assemblée générale.

Mais ce choix devra s'exercer conformément à l'intérêt social et sera soumis, au contrôle judiciaire, surtout quand la clause de préemption est susceptible de jouer entre actionnaires.

1. V. dans ce sens Houpin et Bosvieux, *op. cit.*, t. I, n° 456 ; H. Lechner, *Les droits propres des actionnaires*, thèse, Nancy, 1932, p. 110. — *Contra* Escarra, *Ann. Dr. comm.*, 1911, p. 443.

2. Cf. G. Lagarde, note sous arrêt précité, Civ., 15 mars 1927, S., 1927.1.209.

3. Cf. Ch. L. Julliot « Clauses restrictives du transfert des actions », *Journal des Notaires*, 1934, art. 38134, p. 961 et suiv.

§ 3. — La nature des transferts susceptibles d'être régis par la clause de préemption

Nous avons vu que la clause d'agrément pur et simple ne peut s'appliquer aux transmissions par décès, et que sa validité est douteuse, en cas d'adjudication sur saisie[1].

On peut se demander également si la clause de préemption simple ou combinée est susceptible de régir toutes sortes de transferts ventes amiables ou judiciaires, mutations à titre onéreux ou à titre gratuit, entre vifs ou à cause de mort.

A. *Mutations entre vifs.*

Les statuts qui prévoient en faveur de la société ou des personnes désignées par elles, le bénéfice du droit de préemption, ont normalement en vue les ventes contractuelles d'actionnaires qui veulent céder leurs titres pour les raisons les plus diverses.

1° Qu'advient-il en cas de *vente judiciaire sur saisie avec procédure d'adjudication* ?[2].

Il y a alors conflit entre la société et les créanciers de l'actionnaire saisi.

Pour éviter toute contestation, certains statuts stipulent que ce mode de transfert ne sera pas soumis à la clause de préemption[3].

Cependant, la jurisprudence s'est depuis longtemps prononcée en faveur de l'application de la clause, même

1. V. *supra*, Introduction p. 17 et p. 18 note 1.
2. En cas d'adjudication volontaire, la question ne se pose pas, la clause de préemption s'applique sans difficulté, comme s'il s'agissait d'une vente contractuelle.
3. Ou que certains actionnaires ou tiers désignés, pourront participer à l'adjudication avec droit de préférence.

dans cette hypothèse[1] : alors le droit de préemption s'oppose à ce que l'adjudication des titres saisis se déroule suivant la procédure habituelle, la société ou les bénéficiaires désignés par elle auront auparavant la possibilité de racheter par préférence les actions mises en vente ; dans ce cas, les créanciers de l'actionnaire recevront simplement le prix de rachat déterminé suivant les conditions fixées aux statuts.

Néanmoins, si l'adjudication a lieu au mépris de la clause restrictive, l'adjudicataire auquel sera opposée la dite clause, se trouvera-t-il complètement désarmé ? Il aura certainement un recours contre ses vendeurs, dans le cas où le cahier des charges serait muet sur le droit de préemption, et il pourra exiger le remboursement du prix payé et des frais encourus, plus, éventuellement des dommages-intérêts[2].

Cependant, en ce qui concerne le taux de préemption, il ne faudrait évidemment pas poser en règle générale la *nécessité du rachat au prix d'adjudication augmenté des débours.* On se trouverait alors en présence d'une clause de retrait et non plus d'une clause de préemption[3].

S'il s'agit réellement de l'exercice d'un droit de préemption, l'adjudication ne peut avoir lieu et la reprise des actions s'effectue au prix calculé suivant le procédé indiqué dans les statuts[4].

1. V. dans ce sens Cour de Paris, 31 mars 1880, *Journ. Soc.*, 1880, p. 363 et la note (il s'agissait ici d'une succession bénéficiaire) ; et principalement, Cour de Douai, 11 mai 1906 (D.P. 1909.2.76, *Journ. Soc.*, 1907, p. 274).

2. Cf. Trib. civ. de la Seine, 20 mars 1880, *Journ. Soc.*, 1880, p. 379, déjà cité à propos d'une clause de retrait).

3. Cf. *supra*, Introduction p. 18 et 19.

4. V. cependant arrêt précité Cour de Lyon, 5 février 1936. *Journ. soc.*, 1938, p. 228 et suiv. Remarquons toutefois que les motifs de l'arrêt et la note de H. LECOMPTE ne sont pas très explicites, quant aux termes de la clause restrictive insérée dans les statuts.

2° Parfois les associés, pour se mettre à l'abri de toute surprise, prévoient les *différentes situations, qui peuvent donner lieu à des mutations à titre onéreux*, et dans lesquelles, le droit de préemption devra également s'exercer : liquidation amiable ou judiciaire, faillite, fusion d'une société actionnaire, et même interdiction ou incapacité civile du titulaire.

Ces stipulations sont susceptibles de deux interprétations. A quel moment jouera la clause de préemption ; lorsque sera prononcée la faillite ou l'interdiction [1] ou lorsqu'auront lieu les cessions d'actions provoquées par cet état de fait [2] ?

Dans le second cas, on revient à l'hypothèse normale précédemment envisagée, d'une vente contractuelle ou par adjudication.

Dans le premier cas, au contraire, il n'y a pas encore de transfert de propriété ; il est possible que l'actionnaire soit dessaisi de l'administration de ses biens (s'il s'agit d'une faillite par exemple) ; il peut aussi la conserver (liquidation amiable ou fusion) ou la recouvrer par la suite (interdiction pour aliénation mentale). De toute façon, il ne s'agit plus ici d'une clause de préemption applicable à une *cession* d'actions, mais plutôt d'une véritable clause d'exclusion de l'associé avec rachat obligatoire. Des stipulations de ce genre sont-elles valables ? Il faut en effet se rappeler que, d'une façon générale, personne ne peut être exclu d'une société par la seule volonté de ses co-associés ; et ce principe est certainement applicable aux sociétés par actions

1. V. Statuts de la « Société de Filature et de tissage de Ligugé », *Journ. Soc.*, 1928, p. 536 et suiv.
2. V. Statuts de la « Société des construction s électriques de France ».

ordinaires, bien que la loi de 1867 dans son article 52 ait accordé aux assemblées des sociétés par actions à capital variable la faculté de décider souverainement du renvoi d'un ou de plusieurs associés [1]. Donc, en règle générale, l'actionnaire a le droit de ne pas être exclu de la société dont il fait partie ; mais, dans la mesure où l'ordre public n'est pas en jeu, il peut renoncer à ce droit pour des motifs dictés par l'intérêt social [2]. Or, ces conditions paraissent remplies lorsque les statuts prévoient l'exclusion d'actionnaires atteints d'aliénation mentale ou tombés en faillite qui, continuant à faire partie de la société, pourraient nuire au bon fonctionnement ou au crédit de celle-ci. La jurisprudence a consacré à plusieurs reprises la validité de conventions analogues ; en particulier les arrêts précités de la Chambre des requêtes du 24 janvier 1934 et de la Chambre civile du 6 mars 1935 ont admis qu'un actionnaire, en même temps employé de la société, pouvait en être exclu en cas de cessation de fonctions, par décès ou autrement [3].

3° Enfin, bien que certains statuts exemptent du droit de préférence les donations entre vifs, il n'est pas douteux qu'elles peuvent être valablement soumises à une clause restrictive, de la transmissibilité.

B. *Mutations à cause de mort.*

Les objections que nous avions soulevées, à propos de l'application de la clause d'agrément aux transmissions par décès (successions, legs, partages) ne sont plus valables lorsqu'il s'agit d'une clause de préemption [4]. D'autre

1. Cf. note P. Esmein, sous Req., 24 janvier 1934, S., 1935.1.17.
2. Cf. Note H. Rousseau, sous civ., 6 mars 1935, S. 1937.1.249.
3. V. cependant à ce sujet, les observations de MM. P. Esmein et H. Rousseau sous les arrêts cités.
4. V. *supra*, p. 18.

part, il est bien évident que l'héritier (ou le légataire) de l'actionnaire peut paraître indésirable aux yeux des représentants sociaux au même titre qu'un acquéreur quelconque et que les mêmes motifs légitimes peuvent être invoqués à son encontre pour justifier l'exercice d'un droit de préemption ; au point de vue du droit des sociétés, la validité des clauses de préemption régissant les mutations à cause de mort n'est donc pas discutable [1].

Mais, par contre, on a soutenu qu'elles étaient incompatibles avec les règles successorales de notre Code civil.

Cet aspect de la question mérite d'être examiné en détail.

1° Quelques auteurs voudraient d'abord excepter de l'application du droit de préemption les héritiers en ligne directe afin d'empêcher toute atteinte à la réserve légale [2]. Nous ne pouvons admettre cette opinion ; il n'y a pas là un argument de droit sérieux qui permette à un parent proche de l'actionnaire décédé, parfois plus suspect aux yeux de la société qu'un étranger, d'échapper à la régle commune [3].

En effet, il est très douteux que l'application d'une clause de préférence à des actions comprises dans la part des héritiers réservataires puisse réellement constituer une violation du principe d'ordre public consacrant l'intangibilité de la réserve héréditaire. Il est bien entendu que celle-ci doit parvenir à l'héritier intégralement, sans aucune diminution et sans aucune entrave ; quoique cal-

1. Cf. note A. Besson sous arrêt précité Civ., 9 février 1937, D.P. 1937.1.73.

2. V. Tamboise, *op. cit.*, p. 130.

3. M. Moras, *op. cit.*, p. 55, cite par contre, l'exemple de statuts de la Société centrale des Banques de province qui visent expressément les héritiers en ligne directe.

culée en valeur, elle doit être fournie en nature et son amputation ne peut pas seulement donner lieu au paiement d'une indemnité compensatrice [1]. Mais ces règles visent simplement les cas où la réserve légale a été entamée par des donations ou des legs ou même quelquefois par des actes à titre onéreux passés intentionnellement par le *de cujus* dans le but de frustrer ses héritiers directs.

Lorsqu'il s'agit d'une clause de préemption, l'hypothèse est différente. Les héritiers réservataires se trouvent alors soumis à un droit de préférence statutaire auquel l'actionnaire décédé avait souscrit, sans intention frauduleuse concernant la dévolution de ses biens ; ses ayants cause doivent d'ailleurs retrouver dans sa succession, sinon les titres eux-mêmes, tout au moins leur valeur, représentée par le prix de préemption. Peut-on affirmer qu'on se trouve là en présence d'une indemnité compensatrice remplaçant illégalement l'attribution en nature de la réserve ? Nous ne le croyons pas, car la clause de préemption doit être considérée comme une convention à titre onéreux valablement passée par le défunt.

Néanmoins, il peut arriver que le prix de préemption soit inférieur à la valeur réelle des actions. Les héritiers réservataires auront alors contre la société, une action tirée de la notion de juste prix [2]. D'autre part même s'ils ne sont pas fondés à exercer cette action et que l'amputation de la réserve résulte en réalité d'une évalutaion trop optimiste des titres du *de cujus*, ils auront alors la ressource de demander la réduction des donations et

1. V. à ce sujet JOSSERAND, *op. cit.*, t. III, n° 1683 ; — PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, n° 24 à 27, p. 27 et suiv.
2. V. *infra*, chap. III, sect. II, p. 120 et suiv.

des legs excédant la quotité disponible, mais ne pourront mettre en cause la validité de la clause de préemption, régissant les transferts à cause de mort en ligne directe.

2° Cependant, les clauses de préemption applicables aux transmissions par décès se heurteraient à une objection plus grave, à laquelle nous avons déjà fait allusion, l'interdiction des pactes sur succession future résultant de l'article 1130 du Code civil[1]. Cette opinion est-elle fondée. Une partie de la doctrine penche pour l'affirmative[2].

Il y a en effet une analogie certaine entre la clause de préemption régissant les transferts à cause de mort et la clause dite « de conservation du fonds de commerce » insérée dans certains contrats de mariage et qui accorde à l'époux survivant la faculté de prélever... avant le partage de la communauté, l'établissement commercial, industriel ou agricole, ou les droits sociaux faisant partie de l'actif commun, à charge d'en payer la valeur aux héritiers du prémourant. Or, une convention de cette nature a été déclarée illicite par un arrêt fameux de la Cour de cassation du 11 janvier 1933 dans des termes ne laissant place à aucun équivoque :

« Toute stipulation ayant pour objet d'attribuer un droit privatif sur tout ou partie d'une succession non ouverte, constitue un pacte sur succession future, prohibé par la loi, encore que celui de la succession duquel il s'agit y ait consenti. Cette prohibition est formelle et d'ordre public et ne comporte d'autres dérogations que celles qui sont limitativement énumérées par la loi[3].

1. V. *supra*, Introduction p. 21.
2. V. en particulier, D. BASTIAN, « Les clauses d'évaluation des droits sociaux », *Journ. Soc.*, 1935, p. 413 à 415.
3. Arrêt Crémieux Civ., 11 janvier 1933 (D.P. 1933.1.10, note de H. CAPITANT, S. 1933.1.161, note de F. GÉNY).

La décision de la Chambre civile énonçait donc une règle générale, mais qui pouvait comporter des exceptions. Certains auteurs semblent précisément avoir tiré argument de cette réserve, pour faire échec à l'application de l'article 1130 en matière de sociétés. Pour M. H. Capitant, en particulier, l'article 1868 du Code civil, constituerait justement une de ces dérogations prévues par la loi [1].

D'après ce texte, les associés peuvent convenir qu'en cas de décès de l'un d'eux, la société continuera avec son héritier ou seulement entre les associés survivants, auquel cas l'héritier du défunt n'aura droit qu'au partage de la société.

L'arrêt de la Chambre civile du 9 février 1937 que nous avons déjà commenté à propos des pouvoirs de l'assemblée générale [2], a également fait appel à l'article 1868, pour rejeter le moyen additionnel soulevé par les demandeurs, qui invoquaient l'article 1130 à l'encontre d'une clause de préemption étendue aux mutations à cause de mort [3]. Il faut cependant remarquer que l'arrêt en question évite de se prononcer sur le point de savoir si la clause incriminée constitue bien un pacte sur succession future. Il soutient simplement que l'article 1868 autorise des conventions de cette nature. Or, cette thèse est repoussée par divers auteurs pour des motifs qui nous paraissent concluants :

a) L'article 1868 *n'apporte aucune dérogation à la règle énoncée par l'article* 1130. — Cette opinion avait

1. Note sous arrêt Cour de Paris, 17 décembre 1935, D.P. 1936.2.89 (Schuhmann contre Société Louis Dreyfus et Cie). Il s'agissait ici, il est vrai, d'une société par intérêts.

2. V. *supra*, p. 31 et suiv.

3. Cf. notes précitées A. Besson, D.P. 1937.1.73 ; — H. Rousseau, S. 1937.1.129 ; — P. Cordonnier, *Journ. Soc.* 1937, p. 266.

déjà été émise par M. Bastian[1] avant qu'intervienne la décision de la Cour de Cassation, et il faut reconnaître que son argumentation est difficilement attaquable.

En effet, l'article 1868 prévoit bien la continuation de la société entre les seuls associés survivants, mais ne traite pas de la part du prédécédé[2]; il stipule simplement que l'héritier aura droit au partage de la société comme si elle était dissoute. Le texte ne visant pas, un pacte sur succession future, il est malaisé « d'en conclure qu'il valide implicitement un pacte de ce genre ».

b). *Il est d'ailleurs douteux que l'article* 1868 *soit applicable aux sociétés par actions*[3]. — Il doit être considéré comme apportant un correctif au paragraphe 3 de l'article 1865 d'après lequel la société finit par la mort naturelle d'un associé. Il est incontestable que les sociétés par actions ne sont pas dissoutes par la mort d'un associé, alors que, sauf stipulation contraire, les sociétés civiles ou par intérêts, le sont.

L'article 1868 autorise une dérogation à ce principe en permettant aux statuts de décider que la société continuera à exister entre les survivants, seuls ou avec les héritiers du défunt; mais en aucun cas, ce texte ne peut servir de justification à une clause de préemption régissant des transferts d'actions.

c). Enfin, on peut faire observer que l'article 1868 prévoit deux alternatives, la continuation de la société avec les héritiers ou sans eux. Mais il n'est pas question d'une option réservée aux associés survivants au moment du décès, alors qu'au contraire, le droit de préemption

1. *Op.* et *loc. cit.*
2. V. cependant contra, note précitée, H. CAPITANT, D.P. 1936.2.89.
3. V. en ce sens, note précitée A. JAUFFRET, *Revue générale droit commercial*, 1938, p. 534 et note H. BATTIFOL sous Civ., 9 mars 1937, S. 1937.1.289.

laisse le choix entre la désignation d'un nouveau titulaire et l'acceptation comme associés, des ayants droit du défunt [1].

Puisque l'article 1868 ne peut constituer une exception à la règle posée par l'article 1130, devrons-nous donc décider finalement que ce dernier texte s'oppose à la validité de la clause de préemption, applicable en cas de décès ? Nous ne le croyons pas.

Notons d'abord avec M. Jauffret [2] « qu'il ne faut point s'étonner, en raison de la formule si large de l'arrêt Crémieux, de voir les demandeurs s'efforcer de découvrir des pactes prohibés dans les clauses les plus usuelles et les plus anciennement considérées comme valables ».

D'autre part, il y a, au point de vue du domaine d'application, une différence notable entre la clause de conservation du fonds de commerce, jugée illicite par l'arrêt du 11 janvier 1933, et la clause de préemption. La première vise un cas particulier, alors que la deuxième s'applique également à toutes les actions et à tous les actionnaires [3].

Souvent, le contrat de société est un véritable contrat d'adhésion pour l'actionnaire, qui, du fait qu'il acquiert des titres de la société, est considéré comme ayant approuvé les statuts. Si ces statuts contiennent une clause restrictive de la transmissibilité régissant également les transferts entre vifs et à cause de mort, il paraît risqué d'en déduire que l'actionnaire acheteur a conclu un pacte prohibé sur sa succession à venir.

Recherchons, en effet, quel est le fondement de l'article 1130.

Ce texte, pour des raisons d'ordre moral, interdit

1. Cf. note précitée, P. Esmein, S. 1935.1.17.
2. *Op.* et *loc. cit.*
3. V. note précitée H. Rousseau, S. 1937.1.129.

d'abord à un héritier présomptif de spéculer sur la mort de son auteur, même avec le consentement de celui-ci, en passant des conventions sur une succession non ouverte.

D'autre part, en ce qui concerne les stipulations faites par le *de cujus* lui-même (et c'est là l'hypothèse qui nous intéresse) l'article 1130 a pour but de lui laisser jusqu'à sa mort, la faculté « de régler le sort de son patrimoine, sous forme d'un testament, acte unilatéral et essentiellement révocable »[1].

Or, aucune de ces considérations n'est susceptible d'être mise en avant, lorsqu'il s'agit d'une clause de préemption, faisant partie intégrante du contrat de société, contrat à titre onéreux, conclu par l'actionnaire.

Mais, à notre avis, l'argument décisif est que la notion de pacte sur succession future doit être interprétée restrictivement car, l'article 1130 constituant une dérogation au principe de la liberté contractuelle, ne doit atteindre que « les conventions ayant véritablement pour objet la succession future et les droits que les parties auront à faire valoir dans cette succession ; il ne faut donc pas considérer comme nulle, une convention dont l'exécution est suspendue jusqu'à la mort d'une personne ». La doctrine et la jurisprudence ont souvent fait appel à cette distinction pour valider des conventions matrimoniales prenant effet à la mort d'un des époux et stipulées au profit du survivant[2].

Le même raisonnement est applicable à la clause de préemption régissant les mutations à cause de mort. En

1. V. H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, Paris, 1935. t. II, p. 295.
2. V. Planiol et Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. IV, n° 20, p. 30 et suppl. p. 78.

effet, cette clause n'a pas pour objet l'attribution d'un droit privatif sur tout ou partie d'une succession non ouverte ; nous savons qu'on peut l'analyser comme une promesse de vente sous condition suspensive, promesse qui devient effective lors du décès de l'actionnaire[1].

Celui-ci, en adhérant au pacte social, n'a pas eu l'intention de céder ses droits successifs aux bénéficiaires éventuels de la clause de préemption ; il a seulement passé un contrat à titre onéreux, une promesse de vente, dont les dispositions arrêtées d'un commun accord avec ses co-associés, demeurent suspendues jusqu'à sa mort. L'assimilation de la clause à un pacte sur succession future serait encore plus discutable, si l'on considère la convention elle-même, comme une simple condition suspensive d'un des éléments du transfert : la désignation du nouveau titulaire des actions[2]. Il ne peut pas s'agir ici d'un pacte prohibé, puisque les droits sociaux de l'actionnaire défunt sont normalement transmis à ses héritiers, sous la seule réserve que ceux-ci soient agréés par la société ; et même, en cas de refus d'agrément, les ayants droit retrouvent toujours dans la succession de leur auteur, sinon les titres eux-mêmes, tout au moins leur valeur[3].

C. *Mutations entre époux mariés sous le régime de la communauté légale.*

Nous venons d'établir le principe que toutes les transmissions d'actions, entre vifs ou à cause de mort, à titre onéreux ou à titre gratuit, sont susceptibles d'être soumises à une clause de préemption ; il n'y a donc aucune

1. V. *supra* Introduction p. 20 et suiv.
2. Cf. *supra* Introduction, p. 22 et 23.
3. Sous réserve que la préemption soit exercée au « juste prix ». cf. *infra*, chap. III, sect. I, p. 126 et 127.

raison pour que les mutations entre époux mariés sous le régime de la communauté légale, échappent à cette règle.

Cependant, on décide généralement que les clauses restrictives de la transmissibilité ne peuvent s'opposer à ce que les actions nominatives de la femme soient immatriculées au nom du mari, chef de la communauté [1] ; il s'agit là d'un transfert d'ordre et non d'un transfert réel. Nous estimons néanmoins qu'en droit, une clause expresse visant cette hypothèse serait valable ; en effet, c'est le mari qui devient le véritable actionnaire, puisque pendant le mariage il peut aliéner librement les titres tombés en communauté du chef de sa femme (art. 1421 Code civil).

D'ailleurs, en cette circonstance, si la clause de préemption n'a pas joué lors du transfert d'ordre, elle sera automatiquement applicable aux cessions effectuées par le mari, sans qu'il soit besoin d'une stipulation expresse.

A fortiori, la même solution devra être adoptée, en cas de partage de communauté, si les actions appartenant à un époux sont attribuées à l'autre conjoint ou aux ayants-droit de ce dernier.

§ 4. — Les modes de transmission compatibles avec la clause de préemption.

Les clauses de préemption (comme les clauses d'agrément) confèrent aux sociétés un véritable droit de contrôle sur les transmissions d'actions ; mais ce contrôle ne pourra s'exercer en fait que s'il s'agit de titres nomi-

1. V. H. Lalou, « Les actions et parts nominatives de sociétés appartenant à des époux mariés sous le régime de la communauté légale », *Chronique au D.H.* 1928, p. 47.

natifs, dont la mutation s'opère par voie de transfert sur les registres sociaux (art. 36 du C. de comm.).

Aux actions nominatives, on assimile généralement, à ce point de vue, les titres mixtes créés par l'article 21 du décret du 25 octobre 1934 et, également, les titres à ordre transmissibles par endossement (mais avec inscription obligatoire sur les registres de la société) prévus par les articles 17 à 21 de la loi du 4 avril 1926.

D'autre part, on a discuté autrefois sur le point de savoir si la clause de préemption était compatible avec les modes de cession de l'article 1690 du Code civil[1]. Mais, depuis le décret-loi du 27 mai 1940, la question ne se pose plus ; en effet, d'après ce texte, les titres nominatifs ne peuvent plus être transmis qu'au moyen d'un transfert sur les registres de la société, ce qui revient à interdire tout recours aux procédés du droit civil.

Cependant la difficulté essentielle qui a donné lieu à controverse en doctrine et en jurisprudence, a trait à la validité des restrictions conventionnelles applicables à des actions au porteur.

La discussion a perdu beaucoup de son intérêt depuis la loi récente du 28 février 1941, qui tend à généraliser la forme nominative pour les actions de sociétés françaises[2].

Nous étudierons successivement la position du problème avant et après cette loi.

A. *Le problème de la validité des clauses de préemption applicables aux actions au porteur, avant la loi du 28 février* 1941.

Les actions au porteur étant obligatoirement trans-

1. V. à ce sujet, G. CAMERLYNCK, *op. cit.*, p. 81 ; — A. TAMBOISE, *op. cit.*, p. 131.
2. V. *supra*, Introduction p. 2 note 1.

mises par simple tradition (art. 35 du C. comm.) la société n'a, en fait, aucun moyen de contrôler les changements de possesseurs.

La Cour de Poitiers dans son arrêt du 4 juillet 1927[1] avait cependant admis la validité d'une clause réservant un droit de préemption au conseil d'administration, aussi bien pour les actions au porteur que pour les actions nominatives. Cette solution était approuvée par un des commentateurs de la décision, M. H. Rousseau[2], qui reconnaissait d'ailleurs que « les titres dont la transmission était ainsi réglementée, présentaient des caractères inconciliables ou malaisément conciliables avec ceux habituellement reconnus aux actions au porteur ».

En réalité, dans l'espèce envisagée, les statuts de la « Société de filature et de tissage de Ligugé », avaient été modifiés par une décision d'assemblée générale, justement, semble-t-il, pour éviter toute contestation quant à la transmissibilité des actions au porteur.

Désormais, les nouveaux titulaires d'actions, nominatives ou au porteur, ne pouvaient prendre part aux assemblées générales et y voter, que sous réserve de notification des cessions au conseil d'administration ; mais à défaut de cette notification, ils conservaient néanmoins leurs droits pécuniaires, c'est-à-dire, leurs droits au paiement des dividendes et au partage de l'actif social.

La majorité de la doctrine a critiqué la décision de la Cour de Poitiers, et nous pensons avec M. Cordonnier[3], que, si en fait la clause restrictive était efficace, vis à

1. S., 1927.2.137, *Journ. Soc.* 1928, p. 536.
2. S. 1927.2.137.
3. Note au *Journ. Soc.*, 1928, p. 536.

vis des actions au porteur[1], elle ne pouvait se justifier en droit ; car les titres de cette nature, c'est là une règle absolue, doivent être transmis par simple tradition de la main à la main, sans intervention de la collectivité émettrice.

L'arrêt de la Cour de Poitiers a d'ailleurs été cassé par la Chambre civile[2], mais pour un autre motif : la Cour de Cassation a condamné la clause envisagée en s'appuyant simplement sur le principe d'après lequel « le droit de vote est un attribut essentiel de l'action ; s'il peut être réglementé dans une certaine mesure par les statuts, il ne saurait en aucun cas être supprimé[3].

Mais si les organes sociaux n'ont pas le droit de contrôler eux-mêmes les cessions d'actions au porteur, celles-ci peuvent être l'objet de conventions de blocage passées en dehors de la société[4].

Il s'agit alors de syndicats ou d'associations civiles d'actionnaires qui se sont engagés à ne pas vendre leurs titres sans l'autorisation (ou sous réserve de l'exercice d'un droit de préemption) de leurs co-contractants. Le plus souvent les actions sont déposées en banque et représentées par des certificats nominatifs ; la seule condition de validité de stipulations semblables est que la société, ou plus exactement ses représentants (conseil

1. Les premiers actionnaires au porteur étaient en effet connus à l'origine de la société, puisqu'il s'agissait d'une clause statutaire.

2. Arrêt Civ., 7 avril 1932, D.P. 1933.1.153, note de CORDONNIER, S. 1933.1.177, note de H. ROUSSEAU, *Journ. Soc.*, 1934, p. 292, note de H. LECOMPTE.

3. Ce principe a été, depuis, légalement consacré par l'article 10 du décret du 31 août 1937 modifiant l'article 4 de la loi du 13 novembre 1933 et réglementant le droit de vote dans les assemblées.

4. Cf. J. ESCARRA, *op. cit.*, p. 455 et suiv. — V. également HOUPIN et BOSVIEUX *op. cit.*, t. I, p. 544 et 545, note 3 ; BOURCART, *op. cit.*, p. 525 et MOLIERAC. Dans quelles limites une société peut-elle interdire à un actionnaire de disposer librement de son action. *Rev. Soc.*, 1925, p. 441 et suiv.

d'administration, gérant, assemblée générale) y soient complètement étrangers.

B. *La loi du 28 février 1941 et ses conséquences.*

La loi récente du 28 février 1941 a été surtout promulguée en vue de combattre la spéculation occulte et aussi, de permettre à l'Etat de contrôler étroitement les transactions portant sur les valeurs mobilières.

1° *Analyse de la loi.* — La loi vise également les actions des sociétés françaises et étrangères, mais prévoit des modalités d'application spéciales pour les secondes ; nous n'en traiterons pas ici, car elles n'intéressent pas notre matière.

En ce qui concerne les sociétés françaises, les dispositions suivantes ont été mises en vigueur :

a.) « Les actions des sociétés françaises émises à compter de la promulgation de la présente loi devront revêtir la forme nominative.

« Ces actions nominatives ne peuvent être converties au porteur que si elles sont déposées chez un intermédiaire agréé.

b) « Les actions des sociétés françaises négociées sur un marché ne pourront être livrées aux acquéreurs que sous la forme nominative. Elles pourront être maintenues ou converties au porteur après négociation sur un marché, à condition de rester en dépôt dans les établissements de banque ou les compagnies d'agents de change ».

c) « Les actions des sociétés françaises admises à une cote officielle ne peuvent faire l'objet.. d'aucune mutation au titre onéreux sans l'intervention d'un agent de change, d'un notaire ou d'un établissement agréé ».

2° *Domaine d'application.*

a) Remarquons en premier lieu que toute une caté-

gorie de titres échappe à la nouvelle réglementation ; les actions émises avant la promulgation de la loi et non cotées en bourse, pour lesquelles nous n'avons rien à changer à nos précédents développements, la clause de préemption (qui, précisément s'applique, le plus souvent, à des titres non cotés) ne sera valable que si les actions sont nominatives.

b) Même s'il s'agit d'actions admises à une cote officielle, mais de création antérieure à la loi du 28 février 1941, les mutations à *titre gratuit* peuvent s'opérer comme auparavant. Les titres au porteur compris dans une succession, ou faisant l'objet d'une donation sont régulièrement transmis par simple tradition, et dans cette hypothèse, aucun droit de préemption ne peut être inscrit dans les statuts[1].

c) En somme le nouveau texte ne vise que :

I. — Les actions, émises postérieurement à la promulgation de la loi, cotées ou non.

II. — Les actions, émises antérieurement à la promulgation de la loi, mais à condition qu'elles soient cotées en bourse et qu'elles soient transférées à titre onéreux.

3° *Conséquences de la loi.* — Dans ces deux cas, les actions, même si elles conservent théoriquement la forme au porteur, ne sont plus susceptibles d'être cédées

1. Au contraire s'il s'agit d'un transfert à titre onéreux, les actions ne peuvent être cédées qu'avec le concours d'un intermédiaire agréé et perdent les caractères de véritables titres au porteur. Cette différence de traitement paraît à première vue antijuridique, mais elle se justifie par le fait que les mutations à titre gratuit revêtent généralement une certaine publicité et demandent le plus souvent l'intervention d'un notaire ; cependant, cette remarque ne peut s'appliquer aux dons manuels très fréquents et aux donations déguisées qui doivent encore avoir lieu malgré les sanctions rigoureuses prévues par la loi de février 1941.

Il est nécessaire, d'ailleurs, d'insister sur le fait que cette loi constitue non seulement une *mesure d'exception*, mais également une *mesure transitoire* : on peut s'attendre à ce que graduellement, toutes les actions de sociétés françaises se voient imposer la forme nominative.

de la main à la main ; elles ne sont plus en réalité des actions au porteur, et, à notre avis, elles peuvent désormais être l'objet de clauses restrictives de la transmissibilité ; les sociétés auront toujours la possibilité d'établir un contrôle des changements de titulaires et de leur opposer un droit de préemption : ainsi la loi du 28 février 1941 a réalisé, en partie, un véritable blocage légal des actions au porteur.

§ 5. — L'interprétation restrictive de la clause de préemption.

La clause de préemption, constituant comme la clause d'agrément, une dérogation au droit commun de la libre transmissibilité des actions doit être interprétée restrictivement, en tenant compte cependant de l'intention des parties. Les fondateurs de sociétés, qui insèrent dans les statuts, des stipulations de ce genre, ont donc intérêt à les rédiger avec précision et clarté, car « l'obscurité du texte ou son ambiguité profite aux actionnaires »[1].

La jurisprudence et la doctrine se sont prononcées dans ce sens, en différentes hypothèses.

A. — *Interprétation restrictive de la clause de préémption en ce qui concerne la nature des transmissions soumises à la clause.*

1° Il a été jugé[2] que la clause d'après laquelle « les transmissions de parts à une personne étrangère à la

1. Houpin et Bosvieux, *op. cit.*, t. I, p. 544 note 1. — V. cependant l'espèce tranchée par l'arrêt précité de la Cour de Lyon du 5 février 1936, *Journ. Soc.*, 1938, p. 229, dans laquelle l'interprétation restrictive a joué en faveur du conseil d'administration, à l'encontre de la collectivité des actionnaires.

2. Cour de Paris, 1er février 1905, D.P. 1905.5.38.

société se seraient valables qu'autant qu'elles auraient été agréées en assemblée générale par un nombre de sociétaires représentant avec la part du *cédant* le quart du fonds social », ne pouvait s'appliquer à une transmission successorale[1] ; en effet, il n'est pas possible d'assimiler l'actionnaire défunt, à un cédant, ni l'héritier (ou le légataire) à un cessionnaire[2]. Il s'agissait en l'occurence d'une clause d'agrément ; le raisonnement serait identique pour une clause de préemption.

2° Par contre, la clause visant les *cessions* doit être interprétée comme s'appliquant :

a) Aux donations, au même titre qu'aux mutations à titre onéreux[3], à moins que les statuts ne prévoient l'exercice de la préemption au prix offert par le cessionnaire, ce qui exclut évidemment l'hypothèse d'un transfert à titre gratuit[4].

b) Aux adjudications forcées, comme aux ventes amiables[5].

B. — *Interprétation restrictive de la clause de préemption en ce qui concerne les personnes visées par la clause.*

1° Lorsque les statuts exemptent de la clause de préemption certains parents d'actionnaires, en cas de cessions entre vifs, cette exonération est automatiquement étendue aux mutations par décès dont ces mêmes parents sont bénéficiaires[6].

1. La solution serait la même, en cas de partage mettant fin à l'indivision.
2. V. COPPER ROYER, *Traité des sociétés anonymes*, 4e édition, t. II, n° 314 note 3, p. 374 et 375.
3. Cf. MORAS, *op. cit.*, p. 39.
4. V. JEANDEL, *op. cit.*, p. 144 note 1.
5. V. *supra*, p. 42. Arrêt précité. Cour de Douai, 11 mai 1906, D.P. 1909.2.76.
6. Cf. HOUPIN et BOSVIEUX, *op. cit.*, p. 544 note précitée.

2° Si par contre, la clause précise quelles sont les catégories de successibles soumis au droit de préemption, ce droit ne peut être opposé aux autres catégories non mentionnées.

3° Il est généralement admis que, sauf stipulation contraire, la clause de préemption ne joue pas entre actionnaires? Mais on s'est demandé, par contre, si les statuts peuvent prévoir que certains actionnaires nommément désignés, auront la faculté de céder librement tout ou partie de leurs titres à des personnes étrangères à la société.

L'arrêt précité de la Chambre civile du 6 mars 1935 [1] s'est prononcé pour l'affirmative et a même décidé que ce privilège ne constituait pas un avantage particulier soumis à la vérification et à l'approbation prévues par la loi [2].

C. — *Interprétation restrictive de la clause de préemption au point de vue du jeu de la clause.*

1° S'il s'agit d'une clause combinée d'agrément et de préemption, le rachat est obligatoire pour la société, en cas de refus d'agrément. On doit, en effet, interpréter les statuts dans le sens le plus favorable aux actionnaires qui voient restreindre leur droit de libre cession ; or, si le refus d'agrément n'entraînait pas automatiquement l'obligation pour la société de faire racheter les titres offerts, la stipulation envisagée se ramènerait à une clause d'agrément pur et simple et cette dernière convention, nous le savons, apporte à la transmissibilité des

1. Massenet de Marancour c. Société Coudurier, Fructus et Descher et Fructus et Coudurier, S. 1937.1.249, note H. Rousseau, *Journ. Soc.*, 1936, p. 614, note P. Cordonnier.

2. Cette dernière solution a été contestée par M. H. Rousseau, S. 1937.1.240 et 250.

actions un obstacle beaucoup plus sérieux que la clause de préemption (jointe ou non à une clause d'agrément). Il faut donc décider ici que la reprise des actions par des bénéficiaires statutairement désignés est nécessairement liée au non-agrément des cessionnaires[1]. Il n'en serait autrement que si la clause réservait expressément aux organes sociaux qualifiés, la faculté d'exercer, ou non, la préemption[2].

2° Par ailleurs, il a été décidé que « les actionnaires d'une société par actions qui se sont engagés à ne pas vendre leurs titres sans les avoir offerts au préalable à leurs co-associés, ont le droit de demander que la vente porte sur la totalité de leurs actions ; si donc, il n'est répondu à leur pollicitation que par une offre partielle d'achat, ils sont déliés de leur obligation, mais à charge de ne vendre à des tiers que la totalité de leurs titres et à un prix au moins égal à celui qu'ils avaient demandé[3].

Cependant, d'après Houpin et Bosvieux[4], la clause prévoyant le rachat partiel, serait valable.

D'autre part, en cas de cessions simultanées, une distinction s'impose :

a) S'il y a plusieurs acquéreurs, la clause de préemption joue régulièrement à l'encontre d'un seul d'entre eux.

b) S'il n'y a qu'un acquéreur, et si l'indivisibilité des cessions n'a pas été stipulée, la préemption globale n'est pas obligatoire[5]. D'après H. Rousseau, il n'en serait pas ainsi dans l'hypothèse où la clause de préemption viserait uniquement les étrangers à la société ; elle ne se justifie-

1. V. dans ce sens, Trib. com. Seine, 9 mars 1903, *Journ. Soc.*, 1903, p. 376.
2. Cf. *infra*, p. 64 à 66.
3. Trib. com. Marseille, 20 décembre 1928, *Journ. soc.*, p. 220.
4. *Op.* et *loc. cit.*
5. Trib. Avesnes, 17 décembre 1930, *Journ. Soc.*, 1931, p. 292, confirmé par Cour de Douai, 17 dècembre 1931, *Journ. Soc.*, 1932, p. 577.

rait plus dans le cas où le droit de préemption ne s'exerçant que partiellement, le nouveau titulaire pourrait néanmoins entrer dans la société[1]. Nous croyons pourtant que cette réserve n'est pas valable lorsque, la clause de préemption a simplement pour objet de permettre au conseil d'administration (ou aux gérants) de conserver, la majorité au sein de la société : ce but peut être atteint par un rachat partiel, même vis à vis d'un acquéreur non actionnaire.

Le principe de l'interprétation restrictive des clauses de préemption comporte donc de nombreux tempéraments.

Nous voyons d'ailleurs, apparaître au terme de cette première section, la tendance actuelle de la jurisprudence, approuvée par la doctrine, de laisser s'étendre de plus en plus le domaine d'application des clauses de préemption.

Cependant, ces conventions restent soumises à des conditions générales de validité, que nous allons examiner dans une deuxième section.

SECTION II

CONDITIONS GÉNÉRALES DE VALIDITÉ DES CLAUSES DE PRÉEMPTION

La majorité de la doctrine subordonne la validité de la clause de préemption à deux conditions :

1° la fixation d'un délai pour l'exercice du droit de préemption ;

2° la détermination du prix de préemption.

1. Cf. note sous Cour de Douai, 17 décembre 1931, S. 1932.2.82.

Certains auteurs exigent une condition supplémentaire : l'obligation pour la société de racheter les titres offerts, dans le cas où le cessionnaire présenté par le cédant, n'est pas agréé [1].

Le problème, à notre avis, doit être posé d'une manière plus générale : on est amené à se demander si une clause expresse peut prévoir qu'en cas de refus d'agrément, le rachat des actions mises en vente sera facultatif, soit pour les bénéficiaires du droit de préemption, soit pour les personnes soumises à la clause de préférence.

Nous nous proposons d'examiner cette question avant de traiter du délai d'exercice de la préemption et de la fixation du prix de rachat.

§ 1. — La préemption facultative en cas de refus d'agrément, est-elle licite ?

Remarquons tout d'abord que le doute n'est possible qu'en présence d'une clause combinée d'agrément et de préemption. En effet, s'il s'agit d'une clause de préemption pure et simple, l'exercice du droit de préemption est toujours facultatif pour les bénéficiaires, qui peuvent parfaitement laisser la vente projetée s'effectuer normalement. Par contre, la clause lie obligatoirement le cédant qui est censé connaître les statuts et ne pas ignorer que le transfert qu'il a en vue est subordonné au non exercice du droit de préemption ; dès qu'il a fait connaître à la société son intention de vendre, l'actionnaire ne peut donc plus renoncer à la cession [2].

D'autre part, en cas de mutation par décès, la préemp-

1. Cf. G. CAMERLYNCK, *op. cit.*, p. 85 ; — G. PACILLY, *op. cit*, p. 47.
2. V. *contra*, A. TAMBOISE, *op. cit.*, p. 126.

tion, lorsque les héritiers du titulaire ne sont pas agréés, doit forcément jouer, même si la clause envisagée est une clause combinée d'agrément et de préemption ; autrement, la situation créée serait sans issue [1]. Par suite, nous limiterons notre discussion uniquement aux clauses combinées applicables aux transferts entre vifs, et nous distinguerons deux hypothèses suivant que la faculté de renoncer au rachat est réservée aux bénéficiaires du droit de préemption ou à l'actionnaire cédant.

A. — *Préemption facultative pour les bénéficiaires du droit de préemption.*

Le pacte social peut-il prévoir que la société se réserve à la fois de ne pas agréer le cessionnaire présenté et celle d'exercer ou de faire exercer *si bon lui semble*, un droit de préemption sur les titres offerts ? M. Escarra estime qu'une stipulation de ce genre ne peut être considérée comme valable, car elle équivaut à établir l'indisponibilité absolue et définitive des actions de la société ; et cette critique aurait pu constituer un argument subsidiaire en faveur de la nullité de la décision d'assemblée générale qui avait introduit une clause de ce genre dans les statuts de la Société des Rizeries françaises [2]. Nous ne partageons point cette opinion et pensons avec M. Moras que la préemption peut être facultative pour les bénéficiaires du droit de préemption lorsque les statuts le stipulent *expressément* ; en effet, si le rachat des actions mises en vente n'a pas lieu, la clause se ramène à une clause d'agrément pur et simple, mais elle est moins rigoureuse que cette dernière, puisque la possibilité du rachat est prévue à titre facultatif. Or, la validité de la

1. Cf. *supra*, Introduction, p. 17 et 18.
2. Note précitée sous Arrêt Req., 2 janvier 1924, D.P. 1927.1.162.

clause d'agrément elle-même est aujourd'hui généralement admise, et en toute hypothèse, l'incessibilité absolue des actions ne peut jamais en résulter, car le refus d'agrément doit être dicté par l'intérêt social et se trouve soumis au contrôle judiciaire.

B. — *Préemption facultative pour l'actionnaire cédant.*

Plusieurs auteurs ont soutenu que l'actionnaire cédant avait toujours la faculté de renoncer à la cession (et par suite de rendre inopérant le droit de préemption) en cas de refus d'agrément du titulaire présenté [1].

Cette opinion est discutable et nous pensons que les solutions du problème doivent varier avec les termes de la clause.

Parfois, il est expressément stipulé dans les statuts que l'actionnaire pourra à son gré renoncer à la cession ou provoquer le rachat, lorsque son cessionnaire n'aura pas été agréé. Cette convention est parfaitement licite et ne prête pas à controverse [2].

Cependant, le plus souvent, la clause envisagée n'est pas aussi explicite ; elle prévoit seulement qu'en cas de refus d'agrément, la société exercera ou fera exercer un droit de préemption ; il faut alors interpréter les statuts dans le sens le plus favorable aux actionnaires et décider qu'à défaut d'acceptation des cessionnaires présentés, les cédants attachant une importance capitale à la personne des nouveaux titulaires de leurs actions, pourront renoncer au transfert [3].

1. Cf. G. Bourcart, *op. cit.*, p. 828 *in fine* ; — G. Pacilly, *op. cit.*, p. 58.
2. Cf. Statuts de la Société des Grands Magasins du Louvre (art. 17) En cas de refus d'agrément, il peut être procédé à une adjudication, sur la demande de l'actionnaire cédant.
3. En ce qui concerne l'interprétation restrictive de la clause combinée v. *supra*, p. 61 et 62.

Mais, ici, la question discutée est précisément celle de savoir, si la stipupation contraire, interdisant expressément au cédant de retirer son offre en cas de refus d'agrément, est valable. Contrairement à la doctrine dominante, nous penchons pour l'affirmative ; en effet, l'actionnaire cédant est alors prévenu que, si son cessionnaire n'est pas accepté, le droit de préemption de la société jouera immédiatement et que, du moment qu'il a manifesté son intention de se débarrasser de ses titres, il ne peut plus revenir sur sa décision. A ce point de vue, la clause combinée d'agrément et de préemption peut être assimilée à une clause de préemption pure et simple, et nous ne voyons pas en quoi cette assimilation pourrait être considérée comme illicite.

§ 2. — Le délai d'exercice du droit de préemption.

Les statuts fixent généralement le délai au terme duquel l'actionnaire cédant reprend sa liberté, si le droit de préemption n'a pas été exercé.

Lorsque la clause de préemption est combinée avec une clause d'agrément, le délai est en quelque sorte scindé en deux périodes : un certain laps de temps est accordé à la société pour consentir au transfert ; si elle refuse son agrément, un nouveau délai est donné aux bénéficiaires de la clause pour exercer leur droit de préférence.

A propos de cette question du délai d'exercice, deux points sont à envisager :

A. — *L'étendue du délai.*

B. — *Les conséquences du non-exercice dans un délai raisonnable.*

A. — *L'étendue du délai.*

La doctrine décide en général que, si la préemption n'est pas limitée à un délai raisonnable, les actions sont frappées d'une indisponibilité absolue et que, par suite la clause restrictive doit être considérée comme nulle. Que faut-il entendre par délai raisonnable ?

1° Si l'on cherche des éléments d'appréciation dans les textes, on les trouve seulement dans le décret du 9 mai 1928 pris en exécution des articles 39 et 54 de la loi du 26 mars 1927[1] : l'article 2 dudit décret porte, à 30 jours, le délai de 10 jours prévu pour les transferts de titres, essentiellement nominatifs cotés au Parquet et négociés au comptant (loi de 1927, art. 39), lorsque les nouveaux titulaires doivent, aux termes des statuts, être agréés par le conseil d'administration.

M. Julliot[2], estime d'ailleurs qu'au cas où la clause d'agrément est assortie d'une clause de préemption, ce délai est manifestement insuffisant : en effet, le laps de temps utilisé par les représentants sociaux pour prendre une décision, s'augmente en cas de refus, de celui nécessaire à l'exercice du droit de préemption ; aussi est-il conseillé aux sociétés, de laisser le choix de l'acquéreur, non pas à la collectivité des actionnaires, mais au conseil d'administration (ou au gérant assisté du conseil de surveillance).

2° Cependant, le plus souvent, dans les clauses de préemption, il ne s'agit pas de titres cotés en bourse et les délais prévus par les statuts, sont très variables : de 15 jours à 6 mois (ils dépassent rarement ce dernier chiffre) ; les auteurs considèrent que le délai moyen le

1. V. Introduction, *supra*, p. 14.
2. *Op.* et *loc. cit.*,

plus normal est de 3 mois [1]. En réalité, tout en la matière est une question d'espèces, qui doit être laissée à l'appréciation des juges du fond [2].

B. — *Les conséquences du non exercice de la préemption dans un délai raisonnable.*

Deux hypothèses sont à envisager suivant que la clause fixe ou non, le délai au terme duquel la préemption doit être effectuée.

1° *Délai fixé dans la clause.* — Lorsque ce délai est trop long, les tribunaux décident souverainement si l'indisponibilité des titres peut en résulter et si la clause doit être annulée.

Quand le délai est jugé raisonnable, si la préemption n'a pas été réalisée en temps voulu, l'actionnaire cédant reprend sa liberté [3]. Le cas est généralement prévu par les statuts, mais dans l'hypothèse où ils ne seraient pas formels à ce sujet, l'actionnaire [4] aura le choix entre deux alternatives :

a) ou bien il effectuera valablement le transfert au nom du cessionnaire proposé ;

b) ou bien il mettra auparavant la société, en demeure d'exercer ou de faire exercer le droit de préemption.

2° *Délai non fixé dans la clause.* — Dans ce cas la clause de préemption est annulable puisqu'il lui manque un des éléments essentiels de sa validité [5] ; mais, il faut admettre, que l'actionnaire cédant aura encore la faculté :

1. Cf. A. Tamboise, *op. cit.*, p. 125.
2. Cf. Cour de Paris, 21 mars 1921, espèce commentée par M. Moras, *op. cit.*, p. 46.
3. V. dans le sens, Trib. civ. Lyon, 13 mai 1893, *Journ. Soc.*, 1893, p. 517 confirmé par Cour de Lyon, 2 mai 1894, *Journ. Soc.*, 1895, p. 113.
4. Ou ses ayants droit, en cas de mutation par décès.
5. V. dans ce sens Molierac, *op. cit.*, p. 445 et note C. Houpin sous arrêt arrêt précité, Civ., 15 mars 1927, *Journ. Soc.*, 1928, p. 155.

Soit de se prévaloir de la nullité de la clause pour demander à la société d'approuver la transmission qu'il a projetée.

Soit, au préalable, de sommer les représentants sociaux de faire racheter les titres cédés ; de plus dans l'hypothèse, où ce droit n'étant pas exercé, le transfert primitivement envisagé, pour une raison quelconque, ne pourrait plus avoir lieu, l'actionnaire cédant aurait certainement droit à des dommages-intérêts.

§ 3. — La fixation du prix de préemption.

Pour que la clause de préemption soit valable, il ne suffit pas, que le droit de préférence soit exercé dans un délai raisonnable, il faut également que les conditions de prix soient déterminées à l'avance[1]. M. Moras[2], fait remarquer que c'est là une garantie nécessaire pour le cédant, car il y a des chances pour que cette détermination soit plus équitable, lorrsqu'elle intervient à un moment ou aucun intérêt immédiat n'est en jeu.

Nous nous demanderons tout d'abord quelle est la portée de cette condition de validité et nous verrons ensuite quelles doivent être les sanctions de l'absence de prix.

A. — *Portée de la condition de prix.*

La clause de préemption, simple ou combinée avec la clause d'agrément, est parfois analysée comme une promesse de vente conditionnelle[3] ; de toute façon lorsque

1. V. arrêts précités, Req., 13 mars 1882 (D.P. 1833.1.83, S. 1883.1. 327) et Req., 14 mai 1895 (D.P. 1895.1.467, S., 1899.1.397 ; — HOUPIN et BOSVIEUX, *op. cit.*, t. I, p. 542 note 3 ; — MOLIERAC, *op. cit.*, p. 445.
2. *Op. cit.*, p. 48.
3. Cf. *supra*, Introduction, p. 20.

le droit de rachat est exercé, il se traduit par une vente.

Or, « toute vente exige un prix sinon déterminé, tout au moins déterminable et sur les modes de fixation duquel les parties se sont mises d'accord ; il peut cependant être laissé à l'arbitrage d'un tiers (art. 1592, C. civ.)[1].

Si l'on applique ces principes à la clause de préemption, la condition de validité, d'après laquelle le prix doit être déterminé à l'avance, sera satisfaite dans les cas suivants :

1° *Le prix de préemption est fixé numériquement dans les statuts.* — Cette hypothèse se présente rarement dans la réalité, car la valeur de l'action est essentiellement variable et peut changer rapidement d'une époque à l'autre. Le seul exemple pratique de ce système se rencontre dans les clauses qui limitent le taux de préemption au pair, c'est-à-dire à la valeur nominale des titres pendant les premiers exercices où la société ne réalise pas de bénéfices[2].

2° *La clause de préemption prévoit statutairement les modes de détermination du prix de préemption* : c'est le cas le plus fréquent.

3° *Le prix de préemption est établi au moyen de l'expertise.* — Nous verrons plus loin que ce système est, peu usité, en raison des inconvénients qu'il présente[3].

B. — *Sanctions de l'absence de prix.*

Toutes les fois que, dans la clause de préemption, aucune des trois hypothèses que nous venons d'envisager

1. Cf. note précitée, C. Houpin, sous Civ, 15 mars 1927.
2. La première rédaction des statuts de la société des Grands Magasins du Louvre (antérieure à la décision du Trib. com. de la Seine du 9 avril 1894) offrait également un exemple de fixation numérique, non pas du prix de préemption lui-même, mais de la limite maxima (50.000 fr.) qu'il ne pouvait dépasser, durant une certaine période. (V. *Journ. Soc.*, 1895, p. 224).
3. V. *infra*, Chap. II, Sect. V, § 2, p. 94 et 95.

n'est réalisée, il y a donc absence de prix et la clause de préemption doit être considérée comme nulle.

Mais en pratique, la solution n'est pas aussi simple, car, presque toujours, les statuts prévoient un mode quelconque de détermination du prix de rachat : il faut par suite examiner dans quels cas, l'application de la clause de préemption aboutit réellement à une absence de prix :

1° Le soin de décider souverainement[1] du taux de préemption ou de lui assigner une limite maxima est parfois laissé au conseil d'administration ou à l'assemblée générale ordinaire. M. Bastian[2] s'est demandé s'il n'y aurait pas là une cause péremptoire de nullité de la clause de préemption ; il ne faut pas oublier en effet que les organes sociaux (assemblée ou conseil) s'identifient avec la société elle-même, qui fixe ainsi, de sa propre autorité, le prix de cession de ses titres ; il ne s'agit plus ici d'une estimation laissée à l'arbitrage d'un tiers, et il y aurait donc bien dans cette circonstance, absence de prix.

Cependant la jurisprudence, bien qu'elle ne soit pas très favorable à des stipulations de ce genre[3], ne semble pas encore avoir eu l'occasion d'annuler une clause de préemption pour ce motif.

2° Les tribunaux se sont par contre trouvés en présence de cas d'espèces dans lesquels le prix de préemption, pour différentes raisons, n'avait pu être déterminé.

a) C'est ainsi que le prix de rachat basé sur le revenu

1. Il n'en serait plus ainsi, dans le cas où la fixation du prix devrait s'effectuer d'après l'inventaire ou le bilan. Cf. *infra*, Chap. II, Sect. V, p. 92 et 93.

2. *Op. cit*, p. 471 et 472, notes 32 et 33.

3. Cf. arrêt précité, Req., 2 janvier 1924, D.P. 1927.1.161 et la note de J. ESCARRA.

moyen des trois dernières années, capitalisé au taux de 6 % ne peut être établi lorsque la société n'a produit aucun bénéfice[1].

La clause de préférence n'est pas alors forcément nulle : elle est inopposable à l'actionnaire cédant qui est libre de vendre ses titres à l'acquéreur de son choix.

b) D'après M. Houpin[2], cette solution aurait dû être adoptée, par la Cour de Lyon, dans son arrêt du 23 juillet 1925 ; dans cette espèce, le prix de rachat devant être fixé par l'assemblée générale, qui avait négligé de procéder à cette estimation, la clause de préemption devenait inefficace ; pourtant la société a été condamnée à verser à l'actionnaire la valeur nominale de ses titres, taux estimé équitable par la Cour[3].

c) Il faut décider néanmoins que la préemption peut toujours être exercée, même à défaut de fixation de la valeur des titres, lorsque les actions sont rachetées au prix offert par l'acquéreur éventuel[4].

Nous pouvons donc conclure de cet exposé que la nullité de la clause de préemption déduite de l'absence de prix, est une sanction toute théorique.

La question du prix de préemption, qui est essentielle en notre matière, s'est posée différemment devant la jurisprudence : les tribunaux s'attachent surtout à faire obtenir à l'actionnaire cédant, un « juste prix » de ses actions, quel que soit le mode d'évaluation prévu par les statuts.

1. Cour de Douai, 11 juillet 1895, *Journ. Soc.*, 1896, p. 3.
2. V. note précitée sous Arrêt Civ., 15 mars 1927, *Journ. Soc.*, 1928, p. 155.
3. Cette décision a été cassée, nous l'avons vu, par la Chambre civile qui s'est bornée à invoquer la nullité du rachat effectué par une société à l'aide de son capital. V. *supra*, p. 38 à 40.
4. Cf. dans ce sens, Cour de Paris, 23 novembre 1933, S. 1934.2.195, (V. *supra*, p. 28.)

1° Quels sont les divers systèmes de détermination du prix de préemption, ou plus exactement les différentes clauses d'évaluation, accessoires des clauses de préemption ?

2° Ces systèmes permettent-ils toujours d'arriver à un prix équitable ? Dans quels cas sont-ils valables et à quelles conditions la jurisprudence et la doctrine admettent-elles leur application ?

Tels sont les problèmes que nous allons étudier dans les chapitres II et III de cet ouvrage.

CHAPITRE II

LES DIFFÉRENTS MODES DE DÉTERMINATION DU PRIX DE PRÉEMPTION : LES CLAUSES ACCESSOIRES D'ÉVALUATION

La clause d'évaluation a été fort exactement définie, comme étant le complément du droit de préemption réservé à la société, lors des cessions d'actions et comme ayant pour but de fixer le prix auquel la société ou la personne désignée par elle rachètera les titres[1].

Les modes d'évaluation adoptés dans les statuts des sociétés par actions sont extrêmement variés et présentent les combinaisons les plus diverses.

Nous nous proposons, pour en faciliter l'étude, de les grouper dans plusieurs catégories que nous allons successivement analyser :

Section 1. — *Les clauses d'évaluation basées sur le prix offert par le cessionnaire évincé.*

Section 2. — *Les clauses d'évaluation basées sur la valeur des actions en bourse.*

Section 3. — *Les clauses d'évaluation basées sur les résultats d'une adjudication.*

Section 4. — *Les clauses d'évaluation forfaitaire.*

Section 5. — *Les clauses laissant le soin de l'évaluation à un organe de la société ou à un tiers.*

1. V. Bastian, *op. cit.*, p. 403 à 404.

SECTION I

LES CLAUSES D'ÉVALUATION BASÉES SUR LE PRIX OFFERT PAR LE CESSIONNAIRE ÉVINCÉ

Ces clauses ne peuvent évidemment s'appliquer qu'aux transferts à titre onéreux (amiables ou judiciaires) et ne sont pas susceptibles de jouer en cas de donations, de legs ou de transmissions successorales.

Deux hypothèses sont à envisager :

1° *La préemption s'exerce au prix offert par le cessionnaire évincé sans limitation.*

2° *Le prix de rachat est déterminé par l'offre du cessionnaire mais ne peut dépasser un certain maximum.*

§ 1. — Préemption au prix offert par le cessionnaire évincé sans limitation.

Cette clause est actuellement peu employée ; on en trouve surtout des exemples dans les statuts des sociétés de création assez ancienne. Entre autres, les statuts de la Société Anonyme de la Brasserie St-Lazare stipulent :

« Aucun actionnaire ne pourra céder tout ou partie des actions lui appartenant sans les avoir offertes au préalable aux autres actionnaires qui auront toujours la préférence pour les acquérir à prix égal ».

La clause de préemption présente alors une certaine analogie avec la clause de retrait dans laquelle la reprise des actions s'effectue toujours au prix payé par le retrayé.

Cette stipulation, si elle donne toutes garanties à l'actionnaire cédant, se heurte à une grave objection :

elle favorise toutes les collusions entre cet actionnaire et les tiers qui peuvent n'être que des acquéreurs fictifs et se prêter à toutes les combinaisons douteuses. Pour parer à cet inconvénient, les statuts prévoient généralement la fixation d'un maximum que le prix offert ne pourra dépasser.

§ 2. — Limitation du prix offert par le cessionnaire.

Tout d'abord, la limite maxima du prix de préemption peut être déterminée par le « pacte social » *ne varietur*

Par exemple, pour les actions A à vote plural de l'agence Havas[1], il est stipulé que le taux de rachat sera celui fixé dans la notification, mais qu'il ne pourra être supérieur au cours moyen (ex-coupon) des actions B à la Bourse de Paris pendant le trimestre ayant précédé celui au cours duquel interviendra la cession, ce cours moyen étant diminué d'une somme fixe de 100 francs.

Mais, la fixation de la limite maxima peut aussi être confiée à un organe de la société qui l'établira, soit arbitrairement (V. statuts Société électrique du Maroc), soit d'après l'inventaire ou le bilan de l'exercice précédant celui au cours duquel a lieu la cession (Société Manufacturière de tissus).

Mais, avec ce second système, si on évite toute entente frauduleuse entre l'actionnaire et son acquéreur, on risque de tomber dans l'excès contraire, dans les cas où l'évaluation du maximum par les représentants sociaux donne un prix très inférieur à la valeur intrinsèque des actions.

1. V. également les statuts du Crédit Lyonnais.

SECTION II

LES CLAUSES D'ÉVALUATION BASÉES SUR LA VALEUR DES ACTIONS EN BOURSE

§ 1. — Différentes modalités

Lorsque les actions soumises au droit de préemption sont inscrites à une cote officielle, il est normal de calculer le prix de rachat d'après le cours des titres en bourse on prend généralement comme base, une moyenne de cours établie sur une période variant entre 15 jours et trois mois [1].

Le plus souvent, les titres, dont la cession est réglementée par les statuts ne sont pas eux-mêmes cotés en bourse ; mais, les actions de la société comprennent parfois deux catégories : les unes dont le transfert est subordonné au droit de préemption (actions privilégiées ou à droit de vote double) n'ont pas été introduites sur le marché, les autres (actions ordinaires) font l'objet de cotations régulières. Il est alors facile de déterminer le prix de préemption des actions A par comparaison avec le cours en bourse des actions B, en tenant compte évidemment, le cas échéant, de la différence de valeurs nominales et de droits pécuniaires attribués à chaque catégorie de titres [2].

Par exemple : la préemption des actions B de la Société des Constructions Electriques de France est

1. Lorsque les actions ne sont pas cotées en bourse, mais qu'elles sont l'objet de transactions fréquentes, un système analogue consiste à prendre comme base du prix de préemption la moyenne des chiffres obtenus lors des précédentes cessions.

2. Cf. A. TAMBOISE, *op. cit.*, p. 113.

effectuée « moyennant un prix qui est égal au cours moyen à la Bourse de Paris des actions de la catégorie A pendant le mois qui aura précédé celui au cours duquel aura lieu la demande de transfert » ; pour les actions à vote plural de la Société Kulhmann, le prix de rachat est égal « au quart du cours moyen du marché au comptant à la Bourse de Paris des actions à vote simple, cours moyen évalué sur une durée de 30 jours comportant, outre le jour de la réception de la demande de transfert, les quinze jours précédant cette date et les quinze jours suivants ».

§ 2. — Critique de ce système d'évaluation.

Le système que nous venons d'examiner paraît rationnel et équitable.

Une seule difficulté se présente en ce qui concerne l'époque à laquelle il faudra tenir compte de la valeur en bourse de l'action : doit-on envisager les cours au moment de la demande de transfert ou au jour où les bénéficiaires du droit de préemption ont déclaré vouloir l'exercer ?

La plupart des statuts adoptent la première solution (voir les exemples précédents), qui est plus équitable ; car si le droit de préemption n'avait pas existé, la cession aurait été effectuée au prix en vigueur au moment où l'actionnaire aurait manifesté son désir de vendre ses titres [1] (ou se serait trouvé dans l'obligation de les transmettre).

Le procédé d'évaluation basé sur la valeur en bourse, n'offre qu'un inconvénient, celui d'être d'une application

1. Cf. A. Tamboise, *op. cit.*, p. 113 et 114.

trop restreinte : très souvent, en effet, lorsque le transfert en est réglementé, les actions ne comportent qu'une catégorie unique de titres qui ne sont introduits sur aucun marché.

SECTION III

LES CLAUSES D'ÉVALUATION BASÉES SUR LES RÉSULTATS D'UNE ADJUDICATION

Les clauses faisant appel à l'adjudication, permettent à la fois de déterminer le prix de rachat des actions et de désigner le bénéficiaire du droit de préemption.

Nous examinerons d'abord les différents systèmes d'adjudication, généralement utilisés par les sociétés, et, en second lieu, les avantages et les inconvénients qu'ils présentent.

§ 1. — Les différents systèmes d'adjudication.

Deux aspects de la question sont à envisager :

L'organisation de l'adjudication et le mode d'obtention du prix d'adjudication.

A. — *Organisation de l'adjudication.*

1° *Formes de l'adjudication.* — L'adjudication est publique ou privée.

a) *Adjudication publique.* — Elle a lieu devant notaire, après convocation des intéressés.

Elle peut aussi être consécutive à une saisie, lorsque les statuts prévoient que, dans cette hypothèse, les actionnaires auront le droit de participer aux enchères et

d'acheter les titres par préférence aux acquéreurs éventuels, étrangers à la société.

b) *Adjudication privée.* — Il est alors convenu dans le pacte social, que les actions faisant l'objet du droit de préemption seront attribuées, au dernier enchérisseur, au cours d'une adjudication effectuée en présence du conseil d'administration ou du gérant assisté du conseil de surveillance [1].

2° *Bénéficiaires admis à l'adjudication.* — Ce sont généralement tous les actionnaires, avisés au préalable par les soins de la société. — Mais les stipulations de cette nature peuvent varier à l'infini ; les statuts décident par exemple que :

Seuls certains actionnaires seront admis à l'adjudication ;

ou tous les actionnaires pourront participer aux enchères, mais concurremment avec le cessionnaire éventuel [2] ;

ou bien, non seulement les actionnaires, mais certains collaborateurs de l'entreprise auront le droit de se présenter comme acquéreurs.

L'article 17 nouveau des statuts de la Société des Grands Magasins du Louvre [3] constitue un exemple parfaitement net d'une clause d'évaluation basée sur les résultats d'une adjudication publique devant notaire entre actionnaires et employés de la société :

« Toute transmission d'actions à une personne autre qu'un actionnaire est soumise à l'agrément du conseil d'administration ; en cas de refus de sa part, l'actionnaire pourra provoquer une adjudication devant notaire, à laquelle pourront seuls prendre part :

1. Cf. Houpin et Bosvieux, *op. cit.*, t. I, p. 542.
2. Cf. A. Tamboise, *op. cit.*, p. 108.
3. V. *supra*, p. 7 note 1 et p. 66 note 2.

« 1° les actionnaires ;

« 2° les employés en exercice ayant au moins10 années de présence consécutives et rentrant au moment de l'adjudication dans une des catégories suivantes :

« *a*) les employés intéressés sur les bénéfices annuels de la maison ;

« *b*) les employés intéressés sur le chiffre annuel des affaires de la maison ;

« *c*) les employés, chefs et sous-chefs de comptoirs intéressés sur le chiffre d'affaires d'un comptoir ».

Notons d'ailleurs que quelque soit le nombre des actionnaires (ou des individus participant à l'activité de l'affaire) admis à enchérir, l'adjudication est restreinte. Elle ne serait générale, que si n'importe quelle personne, même étrangère à la société, pouvait se porter acquéreur des titres mis en vente ; mais alors la clause de préemption perdrait une partie de son utilité, en ce sens qu'elle ne permettrait plus de contrôler la personnalité des nouveaux actionnaires de la société[1].

B. — *Détermination du prix d'adjudication.*

Il faut distinguer deux hypothèses :

1° *Le montant de la mise à prix n'est pas déterminé à l'avance.* — Dans ce cas, il est, soit fixé arbitrairement par les autorités chargées de procédér aux enchères, soit arrêté d'un commun accord entre le cédant et les représentants de la société (Cf. Statuts de la Société Malopolska).

2° *Le mode de fixation de la mise à prix est prévu dans les statuts.* — Une clause type de ce genre a été insérée dans les statuts de la Société Michelin, par une déci-

1. Cf. note précitée J. Escarra, sous Req., 2 janvier 1924, D.P. 1927. 1.163 *in fine.*

sion de l'assemblée générale extraordinaire du 22 janvier 1928 ; d'après le nouvel article 9 :

« Le droit de préemption des actionnaires s'exercera par voie d'adjudication devant notaire sur une mise à prix égale pour chaque action de jouissance à la cinq cent millième partie du produit de la capitalisation par 10 de la moyenne des bénéfices réalisés au cours des trois derniers exercices tels qu'ils résultent des comptes approuvés par l'assemblée des actionnaires, déduction faite des droits des gérants et du capital libéré et non amorti, pour chaque action de capital sur la même mise à prix augmentée de la somme dont elle aura été libérée et non amortie ».

§ 3. — Avantages et inconvénients de l'adjudication.

Le mode d'évaluation basé sur les résultats d'une adjudication, qu'elle soit publique ou privée, générale ou restreinte, doit normalement faire ressortir la valeur réelle et réalisable de l'action : c'est donc un système qui, en principe, est tout à l'avantage de l'actionnaire cédant.

Mais, en réalité, il n'en sera ainsi que dans des cas très limités : les enchères ne donneront un résultat équitable que lorsqu'il s'agira de sociétés importantes et prospères, dont les titres offriront un attrait certain pour les acquéreurs éventuels, actionnaires ou étrangers, qui se présen teront à l'adjudication en nombre suffisant pour que le prix des actions atteigne un chiffre correspondant à leur valeur intrinsèque.

SECTION IV

LES CLAUSES D'ÉVALUATION FORFAITAIRE

Ces clauses ne sont pas fondées, comme celles que nous venons d'examiner, sur des éléments d'appréciation, variables avec les circonstances et les époques, et soumis à la loi de l'offre et de la demande ; elles fixent, au contraire, une fois pour toutes, les bases de calcul du prix de préemption. Elles présentent de multiples variantes, dont nous allons essayer d'étudier les principales, en les classant en quatre groupes distincts :

§ 1. *Evaluation d'après la valeur nominale de l'action.*

§ 2. *Evaluation par capitalisation des dividendes.*

§ 3. *Evaluation d'après le dernier inventaire (ou bilan) approuvé.*

§ 4. *Evaluation basée sur la valeur industrielle de l'entreprise.*

§ 1. — Evaluation d'après la valeur nominale de l'aotion.

A. — *Différentes modalités.*

On trouve dans la pratique quelques exemples de clauses fixant le prix de préemption au pair[1].

Mais, plus souvent, la valeur nominale de l'action ne représente que partiellement le prix de rachat. On y ajoute généralement la part revenant à chaque actionnaire dans les bénéfices de la société, ou, en cours d'exer-

1. Cf. Statuts de la Société des propriétaires de l Hôtel du Cercle du boulevard (Arrêt Req., 21 décembre 1937, D.H. 1938, p. 67). — V. *infra*, Chap. III, Sect. I, p. 109.

cice, la somme calculée au prorata du dividende couru à l'époque du transfert[1].

B. — *Critique du système.*

Il a l'avantage d'être simple, mais il comporte une base d'évaluation trop étroite. Comme le remarque fort bien M. Moras[2], « ce système n'est jamais prévu qu'à titre accessoire, le capital d'une société fonctionnant depuis longtemps étant sans rapport avec l'actif réel de l'affaire et n'exprimant pas sa capacité de production ». — Ce mode d'évaluation ne serait intéressant que, pendant les premiers exercices, lorsque la société n'a pas encore réalisé de bénéfices.

§ 2. — Evaluation par capitalisation des dividendes.

A. — *Modalités.*

Le procédé d'estimation, qui consiste à calculer le résultat de la capitalisation du dernier dividende ou de la moyenne des dividendes distribués au cours de plusieurs exercices consécutifs, est fréquemment utilisé par les sociétés, sous différentes formes. Par exemple :

Les statuts de la Société « *Le Progrès de la Somme* »[3] stipulaient que la préemption serait exercée sur base du dividende de l'exercice précédent capitalisé au taux de 10 %.

La valeur des actions de la Société Lughien Leroy[4]

1. Cf. Statuts de la Société Fructus, Coudurier et Descher (arrêt précité, Civ., 6 mars 1935, D.H. 1935, p. 265).
2. *Op. cit.*, p. 50.
3. V. arrêt précité, Civ., 9 février 1937.
4. V. arrêt précité, Cour de Douai, 11 juillet 1895, *Journ. Soc.*, 1896, p. 111.

était égale au revenu moyen des trois derniers exercices, capitalisé au taux d'intérêt de 6 % l'an, de telle sorte que chaque somme de 6 francs, correspondait à une valeur en capital de 100 francs.

Le montant du prix de rachat des titres de la Société Campionnet et C^ie [1] était obtenu à l'avance et d'une façon invariable par la capitalisation au denier 15 du revenu de la part à céder, à vue des inventaires des 7 dernières années (le calcul s'effectuait donc en multipliant par 15, le dividende moyen des 7 derniers exercices, dividende qui se trouvait ainsi capitalisé au taux de 6,666 %).

B. — *Critique du système.*

Le système que nous venons d'analyser, bien qu'il soit, en principe impartial, offre de nombreux inconvénients.

Lorsque certains exercices auront été improductifs, il sera nécessaire de prévoir dans les statuts un prix minimum invariable (par exemple, le pair) sinon la préemption ne pourra être exercée faute de prix [2].

Le principe est très discutable, qui consiste à appliquer un taux de capitalisation immuable pour déterminer le prix de préemption, alors que la productivité de l'entreprise peut varier du simple au double, suivant la nature de l'affaire et les circonstances diverses qui peuvent en affecter l'exploitation.

Même si l'on écarte les objections qui précèdent, il faut remarquer que le résultat d'une capitalisation de dividendes ne peut être exact, quand la société poursuit une politique de réserves et ne distribue, par mesure de prudence, qu'une faible partie des bénéfices.

1. V. arrêt Req., 23 juin 1913, D.P. 1913.1.513.
2. Cf. *supra*, Chap. I, Sect. II, p. 72 et 73.

Lorsque tous les bénéfices sont mis en réserve, on peut ainsi arriver à obtenir avec ce système, une valeur de l'action égale à 0, ce qui est absurde, car on ne tient plus compte alors de la « sécurité du capital et des perspectives d'avenir »[1].

§ 3. — Evaluation d'après le dernier inventaire (ou bilan) approuvé[2].

A. — *Modalités.*

Cette clause également utilisée dans les sociétés par intérêts, est généralement connue sous le nom de clause de « dernier inventaire »[3].

En réalité, si l'on se place au point de vue comptable, le document qui sert de base au calcul de la valeur de l'action est un bilan établi d'ailleurs d'après la balance d'inventaire, et qui fait ressortir la situation active et passive de la société, compte tenu des bénéfices réalisés ou des pertes subies, au cours de l'exercice envisagé[4].

Les statuts, le plus souvent, ne précisent pas quel sera exactement le procédé de calcul utilisé pour obtenir le prix de préemption ; ils se bornent à stipuler que le taux de rachat sera déduit du dernier ou des derniers bilans de la société.

La clause peut être appliquée de la façon suivante : on retranche des sommes figurant à l'actif[5] du bilan les

1. M. Moras, *op. cit.*, p. 49.
2. Approuvé par l'assemblée générale ordinaire ; si cette approbation n'était pas intervenue, la clause d'évaluation risquerait d'être inopposable à l'actionnaire cédant. — V. *infra*, Chap. III, Sect. II, p. 133.
3. Cf. Bastian, *op. cit.*, p. 402.
4. V. à ce sujet, H. Puech « Le bilan comptable », *Etudes pratiques de droit commercial* n° 1, janvier-mars, 1935, p. 9 et suiv.
5. Déduction faite des amortissements. Cf. H. Puech, *op. cit.*, p. 20 et 27.

postes du passif représentant les dettes envers les tiers [1] et l'on divise le chiffre obtenu par le nombre d'actions. On arriverait au même résultat en ajoutant au capital de l'action sa part dans les réserves et les bénéfices reportés ou non encore distribués.

En cas de déficit, il faudrait au contraire, déduire du capital de l'action, le montant des pertes incombant à chaque titulaire.

B. — *Critique du système.*

Il offre aux actionnaires des garanties certaines contre les évaluations arbitraires, mais il présente des inconvénients évidents qui ont été maintes fois signalés :

Le bilan, qui est exact à la fin de l'année considérée, peut ne l'être plus du tout, quelques mois après, à l'époque où s'exerce la préemption. L'action a baissé ou monté, en raison de circonstances diverses économiques et financières. Le dernier bilan constitue donc une base d'évaluation trop étroite susceptible de donner jour à de sérieux risques d'erreur ; ceux-ci peuvent être en partie atténués, si l'on prend la moyenne des résultats des 3 ou 5 derniers exercices.

D'autre part, le bilan reflète la situation actuelle ou passée de l'entreprise et ne fait ressortir qu'imparfaitement les perspectives d'avenir de l'affaire et l'accroissement éventuel des bénéfices qu'il est normal d'escompter [2].

Enfin, le bilan considéré est un bilan d'exploitation qui ne tient pas compte des réserves occultes provenant : [3]

— de la sous-évaluation méthodique des divers élé-

1. C'est-à-dire sans tenir compte, des postes représentant le capital, les réserves et les bénéfices. Cf. H. PUECH, *op.* et *loc. cit.*
2. Cf. A. NEUBURGER, *op. cit.*, p. 82 et 83.
3. V. BASTIAN, *op. cit.*, p. 406.

ments de l'actif, en vue de la dissimulation fiscale[1] ;

— ou du jeu accéléré de l'amortissement ;

— ou simplement du souci de conserver à certains postes de l'actif une valeur constante au point de vue comptable.

L'évaluation du prix de préemption d'après le bilan donnera donc rarement un chiffre correspondant à la valeur réelle et réalisable de l'action.

§ 4. — Evaluation basée sur la valeur industrielle de l'entreprise.

M. A. Tamboise[2] a utilisé les différents modes d'évaluation forfaitaire que nous venons d'examiner, en vue d'obtenir un prix de préemption équitable se rapprochant le plus possible de la valeur réelle de l'action.

A. — *Analyse du système.*

Dans ce but, l'auteur a fait la somme des divers éléments dont, d'après lui, est composée cette valeur :

1° le capital nominal de l'action libéré et non amorti ;

2° la part de l'action dans les réserves ;

3° enfin, et c'est là que réside l'innovation du système, la quote part de la « valeur industrielle » de l'affaire, élément, qui représente la puissance productive propre à l'entreprise considérée « en dehors du simple intérêt d'argent des sommes qui y sont engagées ».

Ce troisième facteur de la valeur de l'action est obtenu en faisant appel au procédé déjà étudié de la capitalisation des dividendes, mais déduction faite de l'intérêt

1. Ce risque est atténué depuis le décret-loi du 8 août 1935, modifiant les article 15 et 45 de la loi du 24 juillet 1867. Cf. Chap. III, Sect. II, *infra*, p. 153 et 154.

2. *Op. cit.*, p. 115 à 124.

du capital et des réserves, calculé à un taux normal, 5% par exemple, et, sans distinguer si les bénéfices ont été distribués ou mis en réserve.

Pour illustrer cette théorie, nous prendrons un exemple simple, emprunté à l'ouvrage de M. A. Tamboise.

Supposons que la valeur nominale des actions d'une société soit de 1.000 fr., la part dans les réserves de chaque action de 500 fr. et le bénéfice net moyen réalisé au cours des 3 derniers exercices 200 fr. par titre.

Admettons que tous les bénéfices aient été distribués : le prix de préemption déduit du bilan ne doit pas être simplement égal au chiffre obtenu en ajoutant au capital de l'action, sa part proportionnelle dans les réserves, soit 1.500 fr., il faut tenir compte de la « valeur industrielle » et effectuer le calcul comme il suit :

Capital de l'action	1.000
Part proportionnelle dans les réserves	500
Valeur industrielle :	

Il y a lieu de retrancher des 200 fr. de bénéfices moyens, l'intérêt à 5 % de 1000 + 500 = 1500 fr. soit 75 fr. Reste 125 fr. de dividende résultant uniquement de la productivité de l'entreprise. — Si l'on fixe le coefficient de capitalisation à 20 %, la quote part revenant à chaque action dans la valeur industrielle de l'affaire est de :

$$\frac{100}{20} \times 125 = \ldots\ldots\ldots\ldots\ldots \quad 625$$

Valeur intrinsèque de l'action (prix de préemption).....	2.125

Le raisonnement serait le même si une partie[1] ou la totalité des bénéfices avait été mise en réserve.

1. Dans ce cas, le calcul serait assez compliqué.

B. — *Critique du système.*

Ce système d'évaluation a le mérite de serrer d'assez près la valeur intrinsèque de l'action ; il présente néanmoins des lacunes :

Tout d'abord, nous l'avons vu[1], le choix du taux de capitalisation servant au calcul de la valeur industrielle de l'entreprise est tout à fait arbitraire. Or ce taux, qui est variable suivant la nature de l'affaire et qu'il est assez difficile de fixer exactement, constitue justement la mesure de cette productivité que l'on cherche à déterminer avec précision. On peut ainsi aboutir, en partant d'une base fausse, à un résultat complètement erroné.

De plus, comme la plupart des modes d'évaluation forfaitaire, celui-ci, M. A. Tamboise, le reconnaît d'ailleurs lui-même[2], ne peut tenir compte complètement du potentiel d'espérances de la société et des réserves occultes : ce sont là des éléments impondérables que, seul, le marché des valeurs peut apprécier avec suffisamment d'approximation.

Enfin, lorsque la société a subi des pertes, le système est difficilement applicable.

Ainsi, les clauses d'évaluation forfaitaire sont adoptées dans les statuts afin d'éviter les discussions et les procès relatifs à la fixation du taux de préemption ; en effet, puisque les bases de calcul du prix sont déterminées à l'avance, les actionnaires doivent en principe être protégés contre des évaluations arbitraires. C'est là un avantage certain, mais l'inconvénient de ces clauses réside dans le fait qu'elles aboutiront rarement à une estimation exacte et *actuelle* de la valeur réelle de l'action.

1. V. *supra*, p. 86.
2. *Op. cit.*, p. 123 et 124.

SECTION V

LES CLAUSES LAISSANT LE SOIN DE L'ÉVALUATION A UN ORGANE DE LA SOCIÉTÉ OU A UN TIERS DÉSIGNÉ DANS LES STATUTS

Notons en premier lieu qu'il ne s'agit plus ici de clauses d'évaluation proprement dites, mais de stipulations qui ont pour seul objet de désigner à l'avance les représentants sociaux ou les tiers qui sont chargés d'effectuer l'évaluation.

§ 1. — Fixation du prix de préemption par un organe de la société.

A. — *Modalités.*

Souvent, c'est l'assemblée générale annuelle qui est chargée de déterminer le taux de préemption qui s'appliquera durant l'exercice en cours[1]. En principe, l'assemblée fixe le prix de rachat d'après les résultats de l'exercice précédent, mais ce n'est pas une obligation pour elle, sauf si les statuts prévoient que ce prix sera établi d'après le bilan ou l'inventaire.

Il peut arriver aussi, que le conseil d'administration lui-même (ou le gérant assisté du conseil de surveillance) soit seul compétent pour déterminer dans chaque cas particulier, le prix de préemption, librement, ou d'après le bilan ou l'inventaire, ou même suivant les limites précédemment fixées par l'assemblée générale. C'est ainsi que les statuts de la Société des Rizeries françaises[2]

1. V. Statuts de la Société Immobilière de Saint-Arnaud, Trib. civ., Seine, 21 janvier 1925, *Journ. Soc.*, 1925, p. 653.
2. V. Req., 2 janvier 1924. D.P. 1927.1.101.

stipulent que : « le conseil d'administration... aura la faculté de faire exercer un droit de préemption sur les actions dont le transfert sera demandé... moyennant un prix qui ne pourra être supérieur à celui que l'assemblée générale fixera chaque année, d'après les résultats du dernier inventaire, comme devant être le prix maximum auquel les actions pourront être cédées jusqu'à l'assemblée générale de l'année suivante ».

B. — *Critique.*

Les conventions que nous venons d'examiner offrent aux actionnaires une chance de voir leurs titres estimés d'après la situation actuelle de la société, telle qu'elle ressort des documents comptables (bilan, inventaire ou autres), dont l'assemblée générale ou le conseil d'administration ont le devoir de tenir scrupuleusement compte pour établir un prix équitable se rapprochant le plus possible de la valeur exacte des actions. Mais ce n'est là qu'une hypothèse, surtout lorsque la clause d'évaluation accorde aux organes sociaux toute latitude d'imposer aux actionnaires un prix de rachat sans rapport avec les résultats de l'exercice ; par exemple l'assemblée générale, bien que représentant en principe les intérêts des actionnaires, pourra se laisser influencer par des considérations fiscales et fixer un taux de préemption très inférieur à celui qui ressort du bilan[1]. Mais, c'est surtout la clause donnant sans limitation au conseil d'administration ou au gérant, le pouvoir de déterminer souverainement le prix de préemption, qui est vue avec beaucoup de suspicion par la jurisprudence et la doctrine : outre que sa validité intrinsèque est douteuse, car elle risque d'entraîner la nullité de la clause principale, pour

1. Cf. Cour de Paris, 2 juillet 1930, S. 1931.2.169 (Note de H. Rousseau).

défaut de prix [1], elle met l'actionnaire cédant à la merci des dirigeants de la société qui, en vue de procurer un bénéfice aux cessionnaires choisis par leurs soins, seront toujours tentés de sous-estimer la valeur réelle des titres préemptés.

§ 2. — Fixation du prix de préemption par un tiers.

Ici, l'évaluation est effectuée par un arbitre qui dans ce but doit procéder à une expertise.

A. — *Modalités.*

L'arbitre peut être désigné nommément dans les statuts ou bien il est prévu que la société et l'actionnaire cédant se mettront d'accord sur sa désignation.

La pratique offre rarement des exemples de stipulations semblables ; on trouve cependant une clause-type de cette nature, dans les statuts de la Compagnie des Mines du Plat de Gier [2], qui prévoient que : « Les contractants s'interdisent réciproquement la liberté d'admettre de nouveaux associés ou d'aliéner leurs droits à des étrangers sans le consentement de tous les intéressés lesquels obtiendront la préférence et auront le droit de retenir et de payer le prix qui sera fixé par deux arbitres respectivement choisis ».

B. — *Critique.*

Si cette clause est peu usitée [3], c'est qu'elle présente des inconvénients certains :

1. V. *supra*, Chap. I, Sect. II, p. 72.
2. V. Trib. civ., Lyon, 13 mai 1893, *Journ. Soc.*, 1894, p. 517.
3. Par contre, d'après une jurisprudence récente (V. en particulier Cour de Paris, 25 novembre 1938, *Journ. Soc.* 1939, p. 573, cf. *infra*, p. 4) en cas de contestation sur le prix, les tribunaux recourent volontiers à l'expertise (V. dans le même sens, Req., 11 septembre 1940, D.H. 1940, p. 166).

D'une part, si, par suite de faits imprévus, l'arbitre est dans l'impossibilité de jouer son rôle, la valeur de l'action ne peut être déterminée, et, par application des règles de la vente (art. 1592 C. civ.), la préemption ne peut s'exercer, faute de prix.

D'autre part, suivant l'expression de M. G. Lagarde[1] « le système laisse place à l'arbitraire ou, ce qui ne vaut guère mieux aux soupçons ».

***

Nous pouvons donc conclure de ce deuxième chapitre, que de tous les systèmes d'évaluation, précédemment examinés, aucun n'est absolument parfait.

Les uns ne possèdent qu'un domaine d'application restreint (adjudication, cotation en bourse) : les autres sont susceptibles d'aboutir à des résultats inexacts et lésifs pour l'actionnaire cédant (évaluation forfaitaire) ou même parfois pour les bénéficiaires de la clause (prix offert par le cessionnaire).

Aussi, pour corriger en partie les risques d'erreur et de spoliation, la pratique a-t-elle souvent tenté de combiner ces divers procédés.

Nous avons déjà rencontré quelques-unes de ces combinaisons, par exemple :

Le prix offert par l'acquéreur évincé, ne peut dépasser une limite maxima déterminée par l'assemblée générale, (librement ou suivant le système fixé dans les statuts).

L'adjudication comporte une mise à prix calculée suivant un mode forfaitaire.

A la valeur nominale de l'action, s'ajoutent d'autres éléments du prix de préemption : part dans les réserves,

1. *Op. cit.*, p. 107.

prorata du dividende couru, intérêt du capital, quote part de la valeur industrielle.

Il existe bien d'autres exemples d'emploi simultané de plusieurs systèmes en vue d'obtenir le résultat le plus exact possible.

Remarquons encore que les statuts ne laissent pas toujours à l'assemblée générale ou au conseil d'administration, la faculté de fixer arbitrairement le prix de préemption ou son maximum ; souvent, l'évaluation d'après les derniers bilans approuvés (ou dividendes capitalisés) leur est imposée.

Par ailleurs, le pacte social peut prévoir que deux procédés d'évaluation seront utilisés à la fois et qu'on choisira le résultat le plus favorable à l'actionnaire cédant.

Par exemple pour les actions privilégiées de la catégorie P, de la Société française des charbonnages du Tonkin, le prix de préemption est fixé à celle des deux alternatives ci-après qui sera la plus avantageuse pour l'actionnaire vendeur.

1° La somme égale à 10 fois le dividende total brut, qui aura été réparti aux actions de la catégorie « P » pendant le dernier exercice ayant réparti un dividende diminuée de 20 francs par année sans dividende, les années étant comptées à partir de la date du dernier paiement du dividende pour solde.

2° Somme égale au 1/15 du cours coté à la Bourse pour les actions O (ordinaires) pendant les quinze Bourses précédant la demande de transfert.

Les avantages offerts par la combinaison de deux procédés d'évaluation totalement différents ont été parfaitement mis en lumière par M. H. Bosvieux[1], qui

1. Note sous Req., 21 décembre 1937, *Journ. Soc.*, 1938, p. 209 et 210.

préconise « une clause en quelque sorte à double détente utilisant comme points de comparaison des éléments divers d'évaluation, étant entendu qu'entre le prix ressortant des deux modes de calcul, on choisira nécessairement le plus élevé. Et l'auteur cite à l'appui de sa thèse, la stipulation suivant laquelle le prix de préemption ne pourra être inférieur ni à la valeur nominale des actions augmentée de la fraction leur revenant dans les réserves existantes, ni au montant de la capitalisation à un taux variable suivant la nature de l'entreprise, des dividendes distribués pendant les 3 ou 5 derniers exercices[1].

M. Charron[2] cite également une combinaison de ce genre, « parmi celles qui s'offrent au choix des sociétés », mais il penche pour un autre système qu'il estime plus propre à concilier les intérêts en présence. L'auteur tire un argument d'analogie des articles 6 et 7 du décret loi du 8 août 1935, qui crée au profit des actionnaires un droit préférentiel de souscription aux augmentations de capital.

Le prix de préemption serait également déterminé chaque année par l'assemblée générale ordinaire, d'après les conclusions motivées du conseil d'administration ou des gérants approuvés par un rapport spécial des commissaires aux comptes ou du conseil de surveillance.

Nous venons ainsi de passer en revue la plupart des clauses d'évaluation types (simples ou combinées) qu'il est possible d'adjoindre à une clause de préemption.

Une dernière remarque s'impose, c'est qu'aucun de ces systèmes, si ingénieux et si équitable soit-il, ne peut

1. Le Tribunal civil de la Seine, dans une décision récente, a approuvé la validité d'une clause semblable. V. Statuts de la Société de crédit privé à l'industrie automobile, Trib. civ., de la Seine, 15 juin 1939, *Rev. Soc.*, 1039, p. 327.

2. Note sous Paris, 3 avril 1939, *Journ. Soc.*, 1939, p. 357 et suiv.

substituer complètement au point de vue résultat, la libre discussion du prix entre l'actionnaire et son acquéreur éventuel, et, en cas de transfert par décès, la transmission en nature des titres, aux ayants droit du défunt.

Cette atteinte aux règles du droit commun justifie donc pleinement le contrôle sévère des tribunaux, sur la validité ou tout au moins la portée des clauses d'évaluation.

Cet aspect de la question n'est pas le moins important et fera l'objet de notre troisième et dernier chapitre.

CHAPITRE III

LA VALIDITÉ DE LA CLAUSE D'ÉVALUATION ET SES LIMITES

Le principe de la validité *intrinsèque* des clauses d'évaluation n'est pas discutable.

Elles constituent en premier lieu, un complément nécessaire des clauses de préemption qui, nous l'avons vu, ne sont valables qu'à condition de prévoir à l'avance le montant du prix de rachat ou tout au moins la manière dont il sera déterminé.

D'autre part, au point de vue du droit des obligations, les clauses accessoires d'évaluation se trouvent justifiées par le grand principe de l'autonomie de la volonté et par l'article 1134 du Code civil d'après lequel « les conventions légalement formées font la loi des parties ».

Cependant ces stipulations se heurtent en pratique à des objections très graves.

Elles peuvent aboutir à une véritable spoliation de l'actionnaire cédant ou de ses ayants droit, lorsque le taux de préemption est sensiblement inférieur à la valeur réelle des titres ; dans cette hypothèse, les représentants sociaux ont en effet toute facilité de réaliser un gain illicite à leur profit ou de favoriser les bénéficiaires désignés par leurs soins.

A l'inverse, dans des cas, il est vrai, plutôt rares, les

dirigeants de la société peuvent aisément avantager ceux d'entre eux qui voudraient se débarrasser de leurs actions en leur faisant attribuer un prix exagéré [1].

Le contrôle des tribunaux est donc indispensable. Mais comment va-t-il s'exercer ?

Le problème peut être envisagé de deux façons : nous allons les examiner et voir également quelle est la solution adoptée actuellement en jurisprudence et en doctrine.

A. *Les deux aspects du problème.*

En présence d'une clause accessoire dont le but est de déterminer le prix de préemption, deux points sont à considérer : d'une part, le procédé d'évaluation en lui-même, d'autre part, le résultat obtenu par ce procédé.

1° *Le procédé d'évaluation.* — Il s'agit ici d'établir à quelles conditions doit satisfaire le procédé d'évaluation pour que la clause soit valable.

Si l'on se réfère à certaines opinions doctrinales, ces conditions sont les suivantes :

a) L'estimation du taux de préemption ne doit pas laisser place à l'arbitraire.

Par suite sont suspectes toutes les clauses donnant aux représentants de la société la possibilité de fixer souverainement le prix de rachat [2].

b) La détermination du prix de préemption doit procéder « d'une base forfaitaire impartiale » [3].

C'est là une validation implicite des systèmes d'évaluation forfaitaire.

1. Cf. *infra*, Chap. III, Sect. II, § 4, p. 160.

2. Cf. note Bosvieux, sous Req., 2 janvier 1924, *Journ. Soc.*, 1925, p. 85. V. également *supra*, p. 72 et 94, note 1.

3. Cf. *Cour de Rouen*, 3 janvier 1923, *Ann. Dr. com.*, 1924, p. 312 et la note d'Amiaud. — V. dans ce sens, G. Camerlynck, *op. cit.*, p. 85. — Comp. Note Cordonnier sous Cour de Lyon, 15 mars 1928, *Journ. Soc.*, 1929, p. 203 et 204.

2° *Le résultat obtenu.* — La validité de la clause d'évaluation ne dépend plus alors de la méthode employée, seul le résultat obtenu compte, et la clause ne sera opposable à l'actionnaire cédant que si ce résultat est équitable [1].

B. *La solution de la jurisprudence et de la doctrine.*

C'est la deuxième tendance qui domine actuellement en jurisprudence et en doctrine.

1° Dans la fixation du prix de préemption, ce qui est essentiel, « c'est moins le procédé utilisé pour déterminer le prix que le résultat obtenu par ce procédé ou d'une façon quelconque » [2].

Ce point de vue a été adopté par M. Du Garreau de la Mechenie [3], dans des termes qui ne peuvent que recevoir notre approbation :

« Il semble difficile de trouver une base de calcul absolument équitable pour la détermination du prix de préemption. Pour la jurisprudence tout est, en réalité, une question de fait. Elle ne veut pas imposer tel mode de calcul du prix de préemption plutôt que tel autre et laisse le champ libre à tous les procédés. Ce qu'elle désire, c'est aboutir en pratique à un résultat équitable ».

2° Par suite, lorsque les tribunaux reconnaissent que le prix de préemption ne répond pas à cette condition, ils se doivent de protéger les actionnaires contre les conséquences de cet état de fait. Au besoin, ils prononceront la nullité de la clause d'évaluation et parfois aussi celle de la clause principale elle-même.

Mais, pour motiver ses décisions, le contrôle judiciaire

1. Cf. *infra*, Sect. I, § 3, p. 127.
2. G. Pacilly, *op. cit.*, p. 53.
3. *Les droits propres de l'actionnaire*, thèse, Poitiers, 1937, p. 95.

va faire appel à différentes considérations juridiques destinées à limiter la portée des clauses d'évaluation.

Nous nous proposons d'examiner successivement :

Section 1. — *Les limites apportées par la jurisprudence et la doctrine au principe de la validité des clauses d'évaluation.*

Section 2. — *Les sanctions de la violation de ces limites.*

SECTION I

LES LIMITES APPORTÉES PAR LA JURISPRUDENCE ET LA DOCTRINE AU PRINCIPE DE LA VALIDITÉ DES CLAUSES D'ÉVALUATION

L'examen des nombreuses décisions de jurisprudence relatives au prix de préemption fait ressortir que la portée des clauses d'évaluation se trouve limitée par deux sortes de considérations, parfois mises en œuvre simultanément :

1° D'une part, il est fait appel au droit des sociétés, ou plus précisément aux droits propres des actionnaires.

2° D'autre part, on se réfère aux règles du droit commun, en matière contractuelle, et l'on invoque, soit la théorie de l'abus de droit, soit la théorie de la lésion.

Nous traiterons de ces questions dans trois paragraphes :

§ 1. *Les limitations résultant des droits propres des actionnaires.*

§ 2. *La théorie de l'abus de droit ou du détournement de pouvoirs appliquée aux clauses d'évaluation.*

§ 3. *Les limitations résultant de la théorie de la lésion : la notion de juste prix.*

§ 1. — Les limitations résultant des droits propres des actionnaires.

La théorie des droits propres de l'actionnaire a été en grande partie abandonnée par la doctrine depuis la loi du 22 novembre 1913 qui a modifié l'article 31 de la loi du 24 juillet 1867 et qui consacre l'omnipotence de l'assemblée générale extraordinaire[1].

Néanmoins, il est impossible de refuser aux actionnaires, en plus des droits qui leur sont reconnus par le nouvel article 31 de la loi du 24 juillet 1867, certaines prérogatives essentielles que les stipulations du contrat de société ne peuvent, en aucun cas, réduire à néant.

C'est ainsi que les clauses d'évaluation ne peuvent aboutir directement ou indirectement à faire échec aux droits propres suivants :

A. *Droit de l'actionnaire de se retirer à son gré de la société.*

B. *Droit de l'actionnaire d'être traité sur un pied d'égalité avec ses co-associés.*

C. *Droit de l'actionnaire d'être considéré comme un associé en ce qui concerne la participation aux bénéfices (art. 1855 du Code civil).*

A. —*Le droit de l'actionnaire de se retirer à son gré de la société.*

Si des limitations peuvent être apportées à la liberté

1. Cf. Houpin et Bosvieux, *Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales et des associations*, 7e édit., t. II, n° 1255. — Copper Royer, *Traité des sociétés anonymes*, 4e édit., t. III, n° 350 à 352. — V. également R. David, *La protection des minorités dans les sociétés par actions*, thèse, Paris, 1928, p. 132 et 133 ; — H. Lechner, *Les droits propres des actionnaires*, thèse, Nancy, 1932, p. 100 ; — Du Garreau de Mamechenie, *Les droits propres de l'actionnaire*, thèse, Poitiers, 1937, p. 100.

de l'actionnaire de céder ses titres, elles ne peuvent aboutir à l'empêcher de se retirer de la société dont il fait partie. C'est là, pour lui, un droit intangible qui peut être « réglementé dans une certaine mesure », mais non pas « entièrement supprimé »[1].

Car le droit de ne plus rester en société est reconnu à l'associé, même s'il s'agit d'une société par intérêts ou d'une société civile (art. 1865 du Code civil) ; il s'impose *a fortiori* dans les sociétés par actions, où la libre cessibilité est un « attribut normal du titre »[2].

En outre, cette prérogative se justifie par un autre argument : elle peut être considérée comme une contrepartie indispensable de l'omnipotence de l'assemblée générale extraordinaire qui, depuis les lois du 22 novembre 1913 et du 1er mai 1930, peut, à la majorité, modifier les statuts dans presque toutes leurs dispositions. Il est donc nécessaire d'après M. H. Rousseau[3] « de permettre à celui qu'effraient les tendances qui se font jour dans la société de chercher ailleurs un emploi de ses capitaux plus conforme à ses vues ».

Or, la clause d'évaluation en fixant un prix de rachat manifestement trop bas, peut aboutir indirectement à empêcher l'actionnaire de se retirer de la collectivité dont il fait partie. Plutôt que de subir une véritable spoliation, il préférera ne pas céder les titres soumis au droit de préemption[4].

La jurisprudence pourrait donc s'appuyer sur ce motif,

1. Comp. Motifs, Civ. 7 avril 1932, D.H. 1932, p. 267 à propos du droit de vote de l'actionnaire.
2. J. ESCARRA, note précitée sous Req., 2 janvier 1924, D.P. 1927.1.161.
3. Note précitée sous Paris, 2 juillet 1930, S. 1931.2.169.
4. Ce raisonnement ne vaut que pour un transfert amiable et entre vifs. En cas de mutation par décès ou de saisie, l'actionnaire ou ses ayants droit n'ont même plus le choix ; ils sont obligés de subir la préemption. Cf. D. BASTIAN, *op. cit.*, p. 405, note 4 bis.

pour enlever toute efficacité à une clause d'évaluation susceptible de faire obstacle à un transfert d'actions.

On ne trouve cependant aucune décision dans ce sens : on serait même tenté de soutenir que l'arrêté précité de la Cour de Paris, du 2 juillet 1930 [1], est en sens contraire, puisque réformant un jugement antérieur du Tribunal de la Seine, il déclare un actionnaire non fondé à critiquer la fixation du prix qu'il a lui-même approuvée de son vote, lors de la tenue de l'assemblée générale chargée de procéder à cette détermination [2].

Cette décision a d'ailleurs été contestée par plusieurs auteurs qui estiment que l'évaluation du taux de rachat pouvait, en l'occurence, constituer une entrave au droit de retraite de l'actionnaire cédant [3]. Or, ce droit est d'ordre public : par suite l'actionnaire ne peut y renoncer, et le fait qu'il ait voté avec la majorité de l'assemblée générale ne lui interdit pas d'invoquer ses prérogatives d'associé [4].

B. *Droit de l'actionnaire d'être traité sur un pied d'égalité avec ses co-associés.*

Un autre droit propre de l'actionnaire est d'être traité sur un pied d'égalité avec ses co-associés. Mais, ce droit a été vivement contesté, depuis les lois du 9 juillet 1902 et du 16 novembre 1903 qui ont modifié l'article 34 du Code de commerce et autorisé la création d'actions de priorité [5]. Il est vrai que la loi du 13 novem-

1. V. *supra*, p. 93, note 1.
2. Comp. Arrêt précité Civ., 15 mars 1927, S. 1927.1.210 et la note de G. Lagarde, *in fine*.
3. Cf. note précitée H. Rousseau, S. 1931.2.169 ; — J. Du Garreau de L. Mechenie, *op. cit.*, p. 99 à 101 ; — G. Pacilly, *op. cit.*, p. 50 ; — D. Bastian, *op.* et *loc. cit.*
4. V. dans le même sens, Req., 11 septembre 1940, D.H. 1940, p. 166. Comp. Req., 4 juillet 1934, *Journ. Soc.*, 1935, p. 350 et la note.
5. Cf. R. David, thèse précitée, p. 131 et 132 ; — H. Lechner, thèse précitée, p. 80 à 92.

bre 1933 limitant le vote plural est quelque fois considérée comme un retour offensif du principe de l'égalité entre actionnaires.

« Tel aussi, à certains égards, le décret du 8 août 1935 qui accorde à tout actionnaire proportionnellement au montant de ses actions, un droit de préférence à la souscription des actions de numéraire émises pour réaliser une augmentation de capital, régime d'égalité auquel il ne peut être dérogé qu'à des conditions sévères ; tel encore, au moins pour partie, le décret du 30 octobre 1935 qui abaisse à 20 le nombre des actions dont les statuts peuvent faire une condition d'accès aux assemblées ordinaires, donnant une marque nouvelle de l'évolution vers un régime plus égalitaire »[1].

Cependant, d'après la doctrine dominante, cette règle n'est pas d'ordre public : elle est simplement d'origine contractuelle, c'est-à-dire que les statuts originaires ou modifiés par une décision régulière d'assemblée générale [2], peuvent y apporter toutes les dérogations qui ne sont pas en contradiction avec les prohibitions légales, telles qu'elles résultent du droit commun ou du droit des sociétés [3].

L'arrêt de la Chambre civile de la Cour de Cassation du 6 mars 1935 est venu confirmer d'une façon formelle cette opinion depuis longtemps admise par les auteurs [4].

1. Note précitée, P. CORDONNIER, *Journ. Soc.*, 1936, p. 615.

2. Sous réserve, le cas échéant, de la ratification de l'assemblée spéciale des actionnaires de la catégorie visée, prévue par l'article 34, 4°, du Code de commerce.

3. En particulier avec l'interdiction des pactes léonins édictés par l'article 1855 Code civil (V. § suivant).

4. S. 1937.1.249, note H. ROUSSEAU ; *Journ. Soc.*, 1936, p. 614, note P. CORDONNIER. Il s'agissait en l'espèce d'une clause d'exclusion en cas de cessation de fonctions appliquée à un actionnaire qui était en même temps directeur de la société.

Néanmoins, un arrêt relativement récent de la Cour de Cassation se référait au principe de l'égalité entre actionnaires, mais précisément pour en écarter l'application [1].

Par contre, la Cour d'Amiens, dans une décision plus ancienne [2] n'hésitait pas à déclarer que « l'égalité entre actionnaires est la règle la plus intangible de la législation des sociétés en droit français et que, par suite, doit être annulée une décision d'assemblée générale qui réserve au conseil d'administration un droit de préemption primitivement attribué à la collectivité des actionnaires » [3].

Mais nous avons vu que, dans son arrêt du 9 février 1937, la Chambre civile, ayant sans doute répugné à faire appel à un principe aussi controversé, n'a pas suivi les juges du fond sur ce point [4].

2° On peut se demander alors dans quelles hypothèses pratiques, la règle d'égalité pourra être invoquée à l'encontre d'une clause d'évaluation, d'autant plus que cette clause, comme la clause principale de préemption, s'applique indifféremment à tous les associés [5].

A notre avis, les seuls cas à envisager, qui ne se sont d'ailleurs jamais présentés en jurisprudence [6], seraient ceux où les représentants sociaux feraient jouer sciemment le procédé d'évaluation dans le but de favoriser :

a) Soit un bénéficiaire du droit de préemption, déjà actionnaire, en lui procurant de nouvelles actions à bon compte.

1. Arrêt précité, Req., 24 janvier 1934, S. 1935.1.17, note P. Esmein.
2. V. Arrêt précité du 12 juillet 1929, *Journ. Soc.*, 1929, p. 651.
3. V. dans le même sens, Trib. civ. de Maine-et-Loire (Section d'Angers) 15 juillet 1930, D.H. 1930, p. 582.
4. V. *supra*, Chap. I, Sect. I, p. 35.
5. Cf. *Jurisclasseurs commercial, sociétés*, Fasc. 95, n° 22.
6. Les tribunaux font jouer dans des cas analogues la théorie de l'abus de droit ou du détournement de pouvoirs. V. plus loin, p. 112 et suiv.

b) Soit, au contraire, l'actionnaire cédant en lui payant ses titres beaucoup plus cher qu'ils ne valent [1].

Il y aurait alors une atteinte irrégulière parce qu'occulte, au principe de l'égalité et les autres actionnaires pourraient se prévaloir de cette violation, pour rendre inopérante la clause d'évaluation ; mais il faut remarquer que souvent le but illicite poursuivi par les organes de la société sera difficilement prouvé par les intéressés.

Le principe d'égalité entre actionnaires est donc d'application restreinte en matière de clauses d'évaluation.

C. *Droit de l'actionnaire d'être considéré comme un associé en ce qui concerne la participation aux bénéfices* [2] (*art.* 1855 *du Code civil*).

Dans toute société, les associés possèdent un droit éventuel aux bénéfices d'exploitation, et, dans les bénéfices il faut également comprendre les réserves déclarées ou occultes, qui seront distribuées lors de la liquidation de l'entreprise.

Par ailleurs, l'article 1855 du Code civil qui interdit toute convention donnant à l'un des associés la totalité des bénéfices est certainement applicable aux sociétés par actions. Or, il est généralement admis que :

a) La prohibition des clauses léonines en matière de sociétés doit s'appliquer dans le cas où quelques uns des associés, et non plus un seul, se voient attribuer la totalité des bénéfices.

b) La nullité de la stipulation qui enfreint les prescriptions de l'article 1855, entraîne la nullité du contrat de société, tout entier.

1. Cf. *infra*, Sect. II, § 4, p. 160 et suiv.

2. Ce droit de l'actionnaire a comme contre-partie l'obligation de contribuer aux pertes (Art. 1855-2°) mais l'hypothèse dans laquelle une clause d'évaluation aboutit à affranchir l'associé de cette contribution, ne s'est pas encore rencontrée en jurisprudence. V. *infra*, p. 157 et suiv.

Ces principes ont été mis en œuvre, à propos d'une clause accessoire d'évaluation, par une décision récente de la Chambre des Requêtes du 21 décembre 1937 (Héritiers Blavier contre Société des Propriétaires de l'Hôtel du Cercle du Boulevard) à laquelle nous avons déjà fait allusion [1].

Dans cette espèce, il s'agissait d'une clause de préemption existant dans les statuts originaires et qui autorisait les actionnaires à racheter les titres offerts à des personnes étrangères à la société, au prix du transfert déclaré ; en cas de décès d'un actionnaire, dont les héritiers ne faisaient pas déjà partie de la société la clause de préemption jouait également, mais alors le rachat s'effectuait à la valeur nominale des actions. Une décision ultérieure d'assemblée générale, prise d'ailleurs à l'unanimité, avait encore aggravé ces dispositions en fixant invariablement le taux de préemption au pair, même en cas de transmission entre vifs. Or, l'actif de la société était principalement constitué par l'hôtel du Cercle du Boulevard, qui, avec le temps, avait pris une plus-value considérable. La société devant être prochainement liquidée, les héritiers Blavier, auxquels la clause de préemption avait été opposée, se trouvaient ainsi privés de toute participation dans les bénéfices de liquidation et invoquaient l'article 1855 du Code civil.

Le Tribunal civil de Maine-et-Loire (jugement du 15 juillet 1930) et la Cour d'Angers (Arrêt du 23 novembre 1932) estimant qu'il y avait là, en effet, un pacte léonin, leur avaient donné gain de cause et s'étaient prononcés pour la nullité de la société, en rejetant le pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour d'appel, la Cour de Cassation approuvait leurs décisions.

1. V. *supra*, p. 84, note 1.

La solution donnée au litige par la Chambre des Requêtes était-elle justifiée en droit ?

La doctrine s'est montrée en général réticente ; l'annulation d'une société (pour le présent et le passé) est en effet chose grave qui ne peut être décidée sans motifs sérieux. En la circonstance elle présentait moins d'importance puisque la « Société des propriétaires de l'Hôtel du Cercle du Boulevard » devait prochainement être mise en liquidation.

Cependant, M. H. Bosvieux, lui-même, qui semble accepter ici le point de vue jurisprudentiel, trouve la sanction bien sévère et seulement admissible en raison des faits de la cause particulièrement défavorables aux défendeurs [1]. La nullité de la société avait pu être prononcée, parce que, conformément aux statuts, les actionnaires, au cours de la vie sociale n'avaient participé à *aucune* distribution de bénéfices. D'autre part, il s'agissait ici d'une clause originaire ; si la clause fixant le taux de rachat au pair avait été introduite par une délibération d'assemblée générale, seule la validité de cette décision était en question et non plus celle du pacte social tout entier [2].

Certains auteurs ont d'ailleurs contesté qu'il y eut lieu d'invoquer ici l'article 1855 du Code civil.

Ce texte ne vise en effet que les conventions refusant à un associé, toute participation, même éventuelle ou conditionnelle aux bénéfices et non pas celles qui peuvent aboutir en fait, à le priver de bénéfices [3].

1. Note au *Journal Soc.*, 1938, p. 207 et suiv. V. dans le même sens, J. ROUSSEAU, note à la *Semaine juridique*, 1938, n° 580 et la note anonyme, *Rev. Soc.*, 1938, p. 125.

2. Dans ce sens, H. BOSVIEUX, *op.* et *loc. cit.* Cf. *infra*, Sect. II, p. 144.

3. A. JAUFFRET, note précitée, *Revue générale de droit commercial*, 1938, p. 542.

Il est bien évident que la préemption à un taux invariable, le pair, enlève à l'actionnaire ou à ses héritiers, toute chance de participer à la distribution des plus-values de l'actif immobilisé ; mais pour apprécier la validité de la clause, il faut se placer au moment de la formation du contrat et non après la survenance d'un événement indépendant de la volonté des associés [1]. Si la société avait subi des pertes, le rachat à la valeur nominale aurait, au contraire, été avantageux pour le cédant ou ses héritiers.

On pourrait donc soutenir qu'il s'agit là d'une clause *aléatoire* non léonine, l'aléa résultant de *l'indétermination de la valeur de l'action* à l'époque du rachat ; il est néanmoins possible de contester ce caractère aléatoire en s'appuyant sur le fait que le droit de préemption est facultatif pour les bénéficiaires : ces derniers, s'ils y ont avantage, peuvent renoncer à l'exercer et conserver ainsi pour eux, toutes les bonnes chances de l'opération [2].

Cependant, il existe dans notre hypothèse, un autre élément constitutif d'aléa qui provient de l'*indétermination des bénéficiaires de la convention*, puisqu'on ne sait pas à l'avance quels sont les actionnaires qui se retireront de la société ou décèderont les premiers. A ce point de vue, la clause litigieuse est donc bien une convention aléatoire non léonine, analogue à celle qui attribue à l'associé survivant la totalité des bénéfices [3].

Par suite, la nullité de la clause d'évaluation entraînant, en vertu de l'article 1855, la nullité de la société tout entière ne se comprendrait que dans les cas très

1. G. Pacilly, *op. cit.*, p. 73 à 75.
2. Cf. Bastian, *op. cit.*, p. 467 à 470.
3. Comp. article 1525 Code civil, qui prévoit l'attribution de la communauté au conjoint survivant.

exceptionnels où les bénéficiaires du droit de préemption seraient désignés d'une façon précise et invariable dans les statuts.

§ 2. — Théorie de l'abus du droit et du détournement de pouvoir appliquée aux clauses d'évaluation.

L'application de la théorie de l'abus de droit et du détournement de pouvoirs, en matière de sociétés par actions, a connu ces dernières années une faveur grandissante aussi bien en doctrine qu'en jurisprudence ; elle a été consacrée à propos des clauses d'évaluation, par l'arrêt de la Chambre civile du 9 février 1937[1] qui s'exprime en ces termes :

« L'assemblée générale qui autorise le rachat à un prix inférieur à la valeur réelle de l'action commet un excès de pouvoirs de nature à entraîner la nullité de la délibération ».

Mais avant d'envisager l'application de la notion de détournement ou d'excès de pouvoirs aux clauses de préemption et les limites qu'il convient de lui assigner, il est nécessaire de voir comment la théorie générale a pris naissance.

A. *L'abus de droit et le détournement de pouvoirs dans les sociétés par actions.*

L'idée de bonne foi est inhérente au contrat de société, de même qu'à n'importe quelle sorte de contrat, en vertu de l'article 1134-3° du Code civil. Ce principe juridique s'exprime d'une façon plus générale par la maxime bien connue : « *fraus omnia corrumpit* ».

1. V. *supra*, chap. I, Sect. I, p. 31, et p. 48.

Par suite, si les représentants sociaux exécutent de mauvaise foi les stipulations des statuts, les actionnaires sont en droit de se plaindre, mais ils devront démontrer l'existence d'une fraude, et cette preuve ne sera pas toujours facile à fournir.

D'autre part, le Conseil d'administration ou l'assemblée générale, même s'ils sont de bonne foi, peuvent commettre des fautes dans leur gestion, et prendre des décisions qui ne sont pas conformes à l'intérêt social[1]; il suffira alors à l'actionnaire lésé de prouver que les mesures prises lui sont préjudiciables, sans être utiles à la collectivité des associés[2]. Il y a là une application de la théorie de l'abus de droit ou plus exactement[3] de celle voisine du détournement de pouvoirs administratifs, car les représentants des actionnaires, chargés de la gestion de la société, usent non pas à proprement parler d'un droit, mais de pouvoirs qui leur sont conférés par le pacte social.

Et leurs délibérations seront soumises au contrôle judiciaire, non seulement s'ils ont cherché à atteindre un but étranger à l'intérêt social, mais encore s'ils ont dépassé la mesure, en voulant néanmoins réaliser un objet conforme à cet intérêt. On arrive ainsi « à l'idée d'excès de pouvoirs, notion plus large que l'idée de détournement de pouvoirs et qui l'englobe »[4].

1. Cf. Article 1833 alinéa 1 du Code civil d'après lequel « Toute société doit être contractée dans l'intérêt commun des parties.

2. Le demandeur, s'il en a les moyens, pourra également prouver que les décisions des représentants sociaux sont contraires à l'intérêt collectif, ou cherchent à favoriser un intérêt autre que l'intérêt général. Cf. H. LECHNER, *op. cit.*, p. 167 à 168.

3. G. PACILLY, *op. cit.*, p. 63 et 64.

4. G. PACILLY, *op. cit.*, p. 65.

B. *Application de la théorie aux clauses de préemption et aux clauses accessoires d'évaluation.*

Nous avons déjà vu plusieurs fois au cours de cet ouvrage, les tribunaux s'inquiéter du respect de l'intérêt social, en ce qui concerne les restrictions à la transmissibilité des actions.

Par exemple, le refus d'agrément d'un nouveau titulaire peut être considéré comme illicite, si le demandeur prouve que ce refus n'est pas justifié par la défense des intérêts de la société [1].

D'autre part, nous le savons, la théorie de l'abus de droit et du détournement de pouvoirs a été généralement adoptée, à propos de clauses draconiennes introduites dans les statuts ou résultant de leur modification ; la plupart des auteurs ont en effet écarté en cette matière, l'application de l'article 31 de la loi de 1867 interdisant à l'assemblée générale délibérant à la majorité, d'augmenter les engagements des actionnaires [2].

« Une assemblée générale extraordinaire ne peut, même si elle n'augmente pas les engagements des actionnaires, prendre valablement une décision qui préjudicie aux actionnaires ou à certains d'entre eux, sans être motivée par la préoccupation de l'intérêt social » estime M. M.N. le commentateur du jugement du 21 janvier 1925 du Tribunal civil de la Seine [3].

D'après M. Escarra [4], qui se réfère aux mêmes principes, « l'assemblée ne peut voter à l'encontre des actionnaires des résolutions de caractère abusif et, pour M. Esmein [5] « l'actionnaire ne doit pas être livré sans

1. Cf. *supra*, Introduction p. 16.
2. V. *supra*, Chap. I, Sect. I, p. 31.
3. V. note précitée, D.P. 1927.2.107.
4. V. note précitée, D.P. 1927.1.163.
5. V. note précitée, S. 1924.1.225.

défense à l'arbitraire de la majorité et du conseil d'administration ».

3° Et, cette argumentation prend un relief particulier, en ce qui concerne plus spécialement les clauses d'évaluation. M. M.N.[1] le fait remarquer en des termes parfaitement nets qui méritent d'être intégralement cités :

« *L'intérêt social* n'apparaît pas lorsqu'il s'agit d'imposer à un actionnaire un prix de cession qui peut être inférieur à la valeur du titre vendu, prix qui n'intéresse que le cédant et le cessionnaire et doit être indifférent à la société. Et si les administrateurs disposant du droit de veto, du droit de préemption et du droit de présentation du cessionnaire substitué, ont, comme cela se présente fréquemment, par eux-mêmes, par leurs mandants, ou par leurs amis, la majorité à l'assemblée qui fixe la valeur de négociation des actions, soit par un vote direct, soit par un vote indirect, si cette valeur dépend d'une capitalisation de dividendes ou d'un calcul de réserves apparentes, la décision prise au détriment de l'actionnaire cédant peut constituer un véritable abus de droit permettant à celui-ci d'en poursuivre en justice l'annulation.

En résumé, la théorie de l'abus de droit et du détournement ou de l'excès de pouvoirs se ramène à la notion de respect de l'intérêt social ; par suite, qu'il soit question d'une clause de préemption ou d'une clause accessoire d'évaluation, l'actionnaire qui s'estime frustré devra apporter la preuve :

a) que la clause incriminée lui est préjudiciable.

b) qu'elle n'est pas utile, ou même qu'elle est nuisible à la collectivité.

1. *Op.* et *loc. cit.*

Mais, l'application de ces principes comporte des limites qu'il est nécessaire de préciser.

C. — *Le domaine d'application de la théorie.*

La théorie de l'excès de pouvoirs ne peut, à notre avis, être valablement mise en pratique que si les deux conditions suivantes se trouvent réalisées :

1° Il dit s'agir d'une décision du Conseil d'administration ou de la majorité de l'assemblée générale, modifiant les statuts ou faisant application d'une clause préexistante.

2° La validité intrinsèque de la clause elle-même n'est pas en jeu.

Nous verrons en outre que, même dans les cas où il est possible de faire appel à la notion d'abus de droit, cette notion n'intervient le plus souvent, qu'à titre complémentaire.

1° *Nécessité d'une décision des organes sociaux.* — M. G. Pacilly [1], dans l'étude intéressante qu'il a consacrée aux clauses de préemption et à laquelle nous nous sommes déjà plusieurs fois référé, n'hésite pas à parler de « *clauses statutaires entachées d'excès de pouvoirs* ».

Nous ne pouvons admettre cette interprétation : il n'est pas logique de faire intervenir l'idée de violation de l'intérêt social à propos d'une clause originaire qui a été approuvée par l'unanimité des actionnaires primitifs et adoptée implicitement, par tous ceux qui par la suite, sont entrés en société.

M. Neuburger [2] croit pouvoir soutenir le contraire, en s'appuyant sur le fait, que l'associé, même s'il a voté une délibération, peut en demander la nullité lorsque la nullité

1. *Op.* et *loc. cit.*
2. *Op. cit.*, p. 84.

est d'ordre public [1]. Cette proposition est exacte, mais il est incontestable que dans ce cas, la décision en question ne pourra être attaquée par l'actionnaire intéressé que si elle est en elle-même illicite et non pour excès de pouvoirs.

En conséquence, il est évident qu'un actionnaire ne sera pas autorisé à invoquer l'abus de droit, à l'encontre d'une délibération régulière intervenue avant son entrée dans la société : il doit en principe avoir pris connaissance de toutes les stipulations du pacte social et s'il n'a élevé aucune objection, c'est qu'il les a approuvées sans restriction. Il ne serait fondé à se plaindre, que s'il avait été victime de manœuvres frauduleuses : il n'y aurait plus lieu alors de faire appel à la théorie de l'excès de pouvoir, mais bien à la maxime « *fraus omnia corrumpit* » et il serait nécessaire de démontrer l'existence de la fraude.

Donc les actionnaires ne pourront se prévaloir de leur droit au respect de l'intérêt social, que dans le cas d'une décision des organes de la société, postérieure à leur acquisition de la qualité d'associés [2], ce qui ne veut pas dire que dans l'hypothèse inverse cette décision sera inattaquable, si elle viole les principes du droit commun ou les règles du droit des sociétés.

2° *Nécessité d'une clause licite.* — En effet, si la clause introduite ou la modification insérée aux statuts est en elle-même illicite « il n'est nul besoin de faire appel à la notion d'abus de droit » ; l'annulation de la délibération attaquée, pourrait être obtenue pour les mêmes motifs,

1. Cf. Arrêt précité, Req., 4 juillet 1934, *supra*, p. 105, note 4.
2. Ils doivent en somme faire partie de la minorité dont les droits issus du pacte social, se trouvent atteints par la décision de la majorité. Cf. David, *op. cit.*, p. 112 et suiv.

que s'il s'était agi de faire prononcer la nullité de stipulations existant à l'origine de la société, mais dont la validité intrinsèque était discutable [1].

3° *Combinaison de la théorie de l'excès de pouvoir avec les règles impératives du droit commun et du droit des sociétés.* —En matière de clauses d'évaluation, la théorie que nous venons d'analyser s'appliquera le plus souvent, lorsque les organes de la société chargés de déterminer souverainement le taux de préemption, auront fixé un prix inférieur à la valeur réelle de l'action ou lorsque la nouvelle clause introduite par une décision de l'assemblée générale extraordinaire établira des bases de calcul inexactes.

Le contrôle judiciaire doit alors rechercher si les mobiles qui ont provoqué la décision du Conseil d'administration ou de sa majorité au sein de l'assemblée, sont conformes ou non à l'intérêt de la société. Mais cette recherche ne sera pas toujours commode, parfois, même elle aboutira à démontrer que l'estimation des représentants sociaux a été effectuée dans l'intérêt général [2].

Aussi, la jurisprudence ne s'appuie sur la notion d'abus de droit qu'à titre subsidiaire, et fait en même temps appel à d'autres considérations [3].

Nous avons vu par exemple que l'arrêt de la Cour d'appel d'Amiens du 12 juillet 1929, confirmé sur ce point par l'arrêt de la Chambre civile du 9 février 1937, a annulé comme abusive une délibération d'assemblée

1. V. dans ce sens, G. LAGARDE, *op. cit.*, p. 125 ; — A. JAUFFRET, *op. cit.*, p. 540.

2. Cf. arrêt précité, Cour de Paris, 2 juillet 1930, S. 1931.2.169, espèce dans laquelle l'assemblée générale ordinaire avait, pour des raisons fiscales, fixé un taux de préemption très inférieur à la valeur réelle des titres.

3. Comp. J. MOLIERAC, « De l'abus de droit dans les sociétés », *Rev. Soc.*, 1937, p. 70 à 77.

générale, introduisant dans les statuts, une clause d'évaluation qui n'assurait pas aux actionnaires subissant la préemption, le « *juste prix* » de leurs titres.

De même pourraient être critiquées comme constituant un abus de droit, les décisions d'organes sociaux susceptibles de rendre l'associé prisonnier de ses titres ou contraires à la règle de l'égalité entre actionnaires dans les hypothèses où il y a lieu d'y faire appel [1].

Nous estimons cependant que cette dualité de principes mis en œuvre simultanément, n'est pas nécessaire. S'il est prouvé que l'actionnaire ne peut, à son gré, se retirer de la société ou qu'il a été désavantagé irrégulièrement au bénéfice de ses co-associés, le recours à la notion d'excès de pouvoirs est superflu [2].

Nous allons voir, en outre dans le paragraphe suivant que, grâce à la théorie « du juste prix » actuellement très en honneur en doctrine et en jurisprudence, les tribunaux pourraient la plupart du temps se dispenser de faire intervenir, à propos des clauses d'évaluation, les notions d'abus de droit et d'excès de pouvoirs.

§ 3. — Les limitations résultant de la théorie de la lésion : la notion de juste prix.

La théorie de la lésion ne semble pas, à première vue, avoir un rôle quelconque à jouer en matière de clauses de préemption [3].

D'après le Code civil, la lésion ne peut être invoquée entre majeurs que dans les cas de vente d'immeuble

1. V. *supra*, p. 106 à 108.
2. V. cependant, note précitée, H. Rousseau, S. 1931.2.169.
3. Cf. Bastian, *op. cit.*, p. 465 et 466.

(lésion de plus des 7/12, art. 1674 du Code civil) ou de partage (lésion de plus du 1/4, art. 887 du Code civil).

Il existe cependant un cas où précisément à la suite d'un partage, le jeu d'une clause d'évaluation peut donner lieu à une action en rescision pour lésion. Il suffit d'imaginer que les titres faisant partie du lot d'un des ayants droit de l'actionnaire décédé aient été rachetés, en vertu d'un droit de préemption valable, mais à un prix inférieur de plus du 1/4 à l'estimation faite lors du partage [1].

L'héritier lésé, si le taux de rachat est équitable, n'aura aucun recours contre la société ou les bénéficiaires désignés par elle, mais il pourra certainement se retourner contre ses co-partageants et demander la rescision du partage.

A notre connaissance la jurisprudence n'a jamais eu à se prononcer sur un cas semblable et il faut reconnaître que l'hypothèse envisagée est peu pratique. Aussi est-ce un autre aspect de la question que nous avons en vue.

A. *Evolution générale de la théorie de la lésion.*

Ces dernières années, en effet, une évolution remarquable s'est produite dans notre droit à propos de la lésion [2].

Le législateur, tenant compte des nouvelles conditions économiques, à cherché à réprimer la lésion dans certains contrats spéciaux, par exemple, dans les ventes de fonds de commerce, lorsque la lésion dépasse 33% de la valeur réelle (Art. 9 de la loi du 22 juin 1935, modifiée par la loi du 9 janvier 1936) ou dans les baux commerciaux

1. Comp. Req., 26 juillet 1933 et la note de H. Rousseau, S. 1933.1.369
2. V. à ce sujet R. Cassin, *L'inexécution des contrats et ses suites.* Cours de doctorat professé à la Faculté de droit de Paris en 1934-1935, p. 119 à 136.

qui peuvent être revisés si la lésion dépasse le 1/4 du loyer normal (décret du 1er juillet 1939).

La jurisprudence elle-même qui se conforme strictement au principe de l'article 1118 du Code civil, suivant lequel la théorie de la lésion ne peut jouer que dans les cas limitativement énumérés par la loi, a fait appel à la notion de cause pour suppléer aux lacunes de notre législation.

M. R. Cassin [1] cite comme applications de la thèse jurisprudentielle, la réduction des salaires des mandataires et agents d'affaires (et plus généralement des techniciens des professions libérales), la révision des prix de cession des offices ministériels, etc... ; en résumé les tribunaux sont disposés à sanctionner la lésion, même par une voie détournée, dans tous les cas où il y a une inégalité choquante entre les prestations de chaque contractant.

La doctrine s'inspirant des législations étrangères, est en majorité favorable à cette extension.

Des auteurs éminents comme M. Ripert [2], estiment qu'il est indispensable de faire une place dans notre droit à la théorie de la lésion, en particulier, lorsqu'il s'agit de contrats d'adhésion et de conventions « qui reposent sur la confiance d'une partie livrée entièrement à la compétence technique de l'autre ».

B. — *La notion de juste prix en matière de clauses de préemption, d'après la jurisprudence.*

La jurisprudence semble s'être inspirée de ces idées, en introduisant la notion de juste prix comme élément du contrôle exercé par les tribunaux sur la validité des clauses d'évaluation.

1. *Op. cit.*, p.131.
2. G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, 1935, 3e éd., Chap. I, n° 72 p. 132.

1° *Définition du « juste prix »*. — Mais que faut-il entendre par juste prix ?

Est-ce la valeur réelle et réalisable des actions ?

Oui, d'après un jugement assez ancien du Tribunal de commerce de la Seine[1] qui a déclaré illicite une clause « fixant le prix de préemption à la valeur nominale de l'action, alors qu'un cours supérieur était établi par des offres réelles ».

C'est également dans ce sens qu'il faut interpréter l'arrêt de la Chambre civile du 9 février 1937[2] qui est la première décision de la Cour de Cassation se référant à la notion de juste prix.

De même, l'arrêt de la Chambre des Requêtes du 21 décembre 1937, exige que le rachat des titres soumis au droit de préemption soit effectué au juste prix et précise que la « reprise des actions à leur valeur nominale n'assurait pas aux héritiers de l'actionnaire, la valeur réelle de ce qui leur était retiré ».

La Cour de Paris[3] a adopté récemment la même solution dans des termes non équivoques : « la société qui, en vertu d'une clause statutaire de préemption exerce son droit de reprise sur des actions, doit les racheter au juste prix. Et il y a lieu, en cas de contestation sur ce prix, de procédér à une expertise pour déterminer la valeur réelle des actions ».

2° *Portée de la notion de juste prix en jurisprudence*. — Il faut noter cependant que la plupart des décisions juris-

1. Hériot contre Société des Grands Magasins du Louvre, Trib. com. Seine, 9 avril 1894, *Journ. Soc.*, 1895, p. 274.
2. V. *supra*, p. 118 et 119.
3. Arrêt du 25 novembre 1938, G. Carpentier, c. Société Anonyme G. Carpentier-Aussage, D.H. 1939, p. 91 ; *Journ. Soc.* 1939, p. 373 ; *Rev. Soc.*, 1939, p. 175 ; *Semaine juridique*, 1939, n° 115.

prudentielles n'attribuent à cette notion qu'une portée restreinte.

a) D'une part, les tribunaux appliquant strictement l'article 1118 du Code civil, évitent de prononcer le mot de lésion et ne se réfèrent qu'accessoirement à la nécessité du juste prix :

Nous avons déjà remarqué que l'arrêt du 9 février 1937, pour annuler la délibération de l'assemblée générale « qui a autorisé le rachat d'actions à un prix inférieur à leur valeur réelle », fait appel à la théorie de l'excès de pouvoirs [1].

Nous avons vu également que l'arrêt du 21 décembre 1937 s'appuie sur l'article 1855 du Code civil pour déclarer illicite une clause d'évaluation fixant au pair le prix de préemption, et pour prononcer, par voie de conséquence, la nullité de la société comme constituant un pacte léonin.

b) D'autre part, la Cour de Paris, dans une décision récente du 5 avril 1939, rendue sur appel d'un jugement du Tribunal de commerce de la Seine du 2 mai 1938 [2], à propos, il est vrai, d'une convention de rachat obligatoire, a tenté, pour les besoins de la cause, de diminuer la portée de la notion de juste prix, en lui assignant un domaine d'application limité. D'après cet arrêt :

« La théorie admise par la jurisprudence, qui consacre pour l'actionnaire évincé le droit de recevoir le juste prix de ses actions, ne peut s'appliquer qu'au cas de silence des statuts ou au cas de modifications par l'assemblée générale du texte primitif de ces statuts ou enfin lorsque ceux-ci, en autorisant le rachat, laissent à l'assemblée le droit d'en fixer le taux ».

1. V. *supra*, p. 118 et 119.
2. Société « Au Planteur de Caïffa » c/ Charbonnel, *Journ. Soc.*, 1939, p. 357, note de A. CHARRON.

Nous verrons plus loin ce qu'il faut penser de cette opinion [1].

C. — *Discussion doctrinale de la théorie du juste prix.*

Quelle a été l'attitude de la doctrine en présence de la thèse jurisprudentielle ? Les auteurs sont divisés et certains d'entre eux ont soulevé, à l'encontre de la théorie soit des objections de principe, soit des arguments d'ordre pratique.

1° *Objections de principe.*

a) La première vise plus particulièrement les clauses d'évaluation forfaitaire.

Dans cette hypothèse, l'obligation d'effectuer le rachat à un prix correspondant à la valeur réelle et réalisable des actions, ne se justifierait pas :

— D'abord, parce qu'en matière de société « le partage n'a pas lieu de façon obligatoire proportionnellement aux apports, les associés peuvent convenir d'une répartition forfaitaire » [2].

— D'autre part, des clauses de ce genre sont incompatibles avec l'idée de lésion : elles constituent des conventions aléatoires qui ne peuvent donner lieu à une action en rescision [3].

b) En second lieu, quel que soit le système d'évaluation, les décisions des tribunaux qui exigent la préemption au juste prix, n'auraient en vue que l'intérêt particulier des actionnaires et ne tiendraient pas compte de l'intérêt de la société qui a nécessité l'introduction dans les

1. V. *infra*, p. 130 et 131.
2. Cf. note précitée A. Besson sous Civ., 9 février 1937, D.P. 1937.1.73.
3. Cf. note précitée P. Esmein, sous Req., 24 janvier 1934, S. 1935.1.17. V. *supra*, p. 111. *Adde* A. Jauffret. Note précitée *Rev. Générale droit commercial*, 1938, p. 542 et comp. Civ., 6 mars 1935, S. 1937.1.249 ; note H. Rousseau et *Journ. Soc.* 1936, p. 614, note P. Cordonnier.

statuts d'une clause restrictive, destinée à rendre plus difficile la négociation des actions [1].

2° *Objections d'ordre pratique.* — Par ailleurs, même si l'on admet *en droit* la nécessité du rachat à un taux correspondant à la valeur réelle et réalisable des titres, cette valeur sera pratiquement très difficile, le plus souvent impossible à déterminer avec précision.

a) M. P. Cordonnier remarque précisément que c'est « afin d'éviter des discussions et des procès que l'usage s'est établi de fixer à l'avance le prix de préemption sur une base forfaitaire qui ne correspondra pas forcément à la valeur intrinsèque des titres » [2].

b) Et M. Charron [3] insiste sur le fait que la notion de valeur réelle peut donner lieu à des interprétations divergentes suivant que l'on aura en vue la valeur de liquidation ou la valeur actuelle d'une affaire en plein essor ; de toute façon, une estimation exacte se heurtera à des obstacles insurmontables » : ventilation des plus-values acquises et non consolidées, attribution des réserves occultes et des réserves spécialement constituées en vue de faire face à des pertes éventuelles, prise en considération des périodes d'activité anormales, etc...

c) Enfin, de toute façon, pour déterminer cette valeur réelle, il n'est pas souhaitable de procéder à une évaluation de l'actif net de la société, lors de chaque transmission d'actions donnant lieu à l'exercice du droit de préemption [4].

1. Cf. Note précitée A. Charron, sous Paris 3 avril 1939, *Journ. Soc.*, 1939, p. 359.

2. Note sous Civ., 9 février 1937, *Journ. Soc.*, 1937, p. 266. V. dans le même sens, A. Besson (*op.* et *loc. cit*). H. Bosvieux, note sous Req, 21 décembre 1937, *Journ. Soc.*, p. 207.

3. *Op.* et *loc. cit.*

4. Cf. H. Bosvieux (*op.* et *loc. cit*) ;— A. Charron (*op.* et *loc. cit*). Cette critique nous paraît d'ailleurs sans grande portée, puisqu'il est

D. — *Essai constructif d'une théorie du juste prix appliquée aux clauses de préemption.*

Malgré les objections qui précèdent, nous pensons néanmoins que la théorie du juste prix, en ce qui concerne les clauses de préemption, est fondée en droit et en fait, et que bien plus, son application doit être étendue et généralisée.

1° *Fondement de la théorie.* — Alors que certains procédés d'évaluation risquent d'aboutir à une véritable spoliation de l'actionnaire cédant [1] (et la pratique a démontré que le cas était fréquent), la notion de juste prix, trouve sa place normale dans l'évolution législative et jurisprudentielle à propos de la lésion.

Il ne saurait être évidemment question, en présence des textes actuels de notre Code civil, d'accorder une action en rescision à un associé qui, parfois ne se trouvera frustré que dans une assez faible mesure : il suffit de faire appel ici à l'idée d'une lésion, sanctionnée indirectement par les tribunaux à l'aide de considérations tirées du droit des sociétés (Droits propres des actionnaires ou excès de pouvoirs). Mais, et c'est là un point capital, la notion de juste prix se justifie par elle-même : en effet, elle complète et explique l'analyse que nous avons donnée précédemment de la clause de préemption, en l'assimilant à une condition *suspensive* qui *affecte un seul des éléments du transfert*, la désignation du nouveau titulaire des actions, et qui ne doit pas toucher l'autre élément essentiel de la transmission, le prix, lequel est

toujours possible de s'inspirer des chiffres obtenus lors de la transmission précédente pour évaluer le prix actuel.

1. Sans bénéfice pour la collectivité, mais au profit seulement de quelques associés.

censé représenter avec le plus d'exactitude possible la valeur réelle des titres préemptés [1].

Ainsi, la nécessité d'un juste prix se comprend encore, même s'il s'agit d'une clause d'évaluation *forfaitaire*, considérée comme une convention aléatoire non rescindable.

Par ailleurs, et contrairement à l'opinion de M. A. Besson [2], il est douteux que s'agissant d'une société par actions, la clause d'évaluation forfaitaire puisse se comparer à une convention de partage inégal : tous les actionnaires y sont soumis au même titre, et il est difficile d'admettre que les statuts, déterminant une base de calcul invariable, ont été établis en vue d'avantager certains associés aux dépens des autres : s'il en était ainsi, le pacte social favoriserait les violations occultes du principe d'égalité de la validité de la clause pourrait, de ce fait, être mise en doute.

Enfin, ce n'est pas parce qu'en pratique, il est souvent difficile de le déterminer exactement, que la théorie du juste prix ne doit pas être entièrement approuvée. Elle constitue en effet, pour les actionnaires, un excellent moyen de protection contre une fixation abusive du taux de préemption. Le procédé d'évaluation employé n'aura le plus souvent qu'une importance secondaire, mais les tribunaux se réservent le droit d'examiner dans chaque cas particulier, quel que soit le système utilisé, si le résultat obtenu est conforme à l'équité : c'est là en réalité une question d'espèces, qui devra être résolue chaque fois, en considération des faits de la cause.

1. V. *supra*, Introduction, p. 22 et 23 et Chap. I, Sect. I, § 3, p. 52, note 3.
2. *Op.* et *loc. cit.*

2° *Interprétation rationnelle de la notion de juste prix et de valeur réelle.* — Or, nous avons vu qu'une partie de la doctrine critiquait la tendance de la jurisprudence à identifier le juste prix, « notion essentiellement fuyante » avec la valeur réelle de l'action, qu'il est presque impossible de fixer avec précision.

En réalité, un « juste prix » est un prix *équitable*, « correspondant *à peu près* — on ne peut espérer une correspondance absolument exacte — à la valeur réelle de l'action »[1].

Et l'estimation de cette valeur sera laissée entièrement à l'appréciation des juges du fond, qui dans chaque espèce, auront à examiner si le prix obtenu est sous-évalué (ou, exceptionnellement surestimé), à un point tel, que le recours à la théorie du juste prix soit nécessaire[2].

Les tribunaux devront donc rejeter les instances abusives d'actionnaires qui, du fait du rachat de leurs titres, n'auraient subi qu'une perte insignifiante. Néanmoins, ces actionnaires auront toujours le droit de prouver que le taux de préemption ne correspond pas à la valeur réelle de l'action, en établissant par exemple l'existence dans le bilan, d'erreurs, d'omissions, de faux ou de doubles emplois[3].

Il a même été jugé récemment, nous le savons[4], qu'en cas de contestation, une expertise était nécessaire pour éclairer le tribunal à ce sujet.

1. H. Rousseau, note précitée sous Paris, 2 juillet 1930, S. 1931.2.169.
2. Cf. A. Jauffret, *op. cit.*, p. 545. L'auteur souhaite l'adoption en cette matière de la formule des canonistes : le juste prix serait représenté par une valeur moyenne comprise entre « *l'infimum justum pretium* » et le « *summum justum pretium* ».
3. Note précitée M.N. sous Trib. civ. Seine, 21 janvier 1925, D.P. 1927.2.106.
4. Arrêt précité de la Cour de Paris du 25 novembre 1938 (V. *supra*, p. 122).

Le principe du rachat à un prix équitable ne se heurte donc à aucune objection définitive, ni au point de vue juridique, ni au point de vue pratique ; bien plus, nous estimons qu'en dehors de toute autre considération, la règle du juste prix se suffit à elle-même et que son application peut être étendue à la plupart des cas de préemption.

3° *Le domaine d'application de la notion de juste prix.* — La jurisprudence, nous l'avons dit plus haut, se réfère de plus en plus fréquemment à cette notion, mais elle ne lui concède, jusqu'à présent, qu'une portée restreinte, en l'invoquant concurremment avec la théorie de l'excès de pouvoirs [1], ou avec les principes du droit des sociétés [2].

L'arrêt plus récent de la Cour de Paris du 25 novembre 1938 [3] semble cependant, dans son exposé des motifs, faire appel la théorie du juste prix, indépendamment de toute autre considération :

« Considérant que c'est également *à tort* que pour apprécier la validité du taux auquel, en vertu d'une clause statutaire de préemption, dont la légalité n'est pas en cause, la société a exercé à l'encontre de Carpentier son droit de reprise sur les actions litigieuses, le tribunal *s'est borné* à rechercher si la fixation de ce taux par l'assemblée générale du 20 juin 1934 n'avait pas été *influencée par des considérations étrangères à son objet* : considérant *qu'en réalité et dans le dernier état de la jurisprudence en la matière*, il s'agit, *avant tout, de savoir si le taux* dont il a été fait application, constitue bien, eu égard à la situation active et passive de la société

1. V. arrêt précité, Civ., 9 février 1937.
2. V. arrêt précité, Req., 21 décembre 1937.
3. G. Carpentier c. Société G. Carpentier-Aussage. V. *supra*, p. 122 et p. 128.

durant l'exercice auquel il se réfère, *le juste prix* auquel Carpentier était en droit de prétendre.

« Considérant que sur ce point, *les éléments de la cause* ne permettant pas de trancher le désaccord existant entre les parties, il appartient au juge du fond de prescrire pour l'apurer telle mesure d'instruction qui convient ; considérant que tel est précisément le cas de l'espèce dans laquelle Carpentier continue de soutenir que le prix auquel la société entend reprendre ses six cent quarante actions, est *de beaucoup inférieur à leur valeur réelle* et demande à en *rapporter la preuve* ; que cette demande ne peut être qu'accueillie ».

L'interprétation de la Cour d'appel doit à notre avis, être entièrement approuvée. La nature juridique que nous avons attribuée à la notion de juste prix en matière de clauses de préemption, est à elle seule suffisante pour en autoriser l'application, quelle que soit l'importance du dommage subi par le cédant. Il sera même nécessaire d'y recourir toutes les fois que la vileté du prix ne sera pas telle qu'on puisse considérer le titulaire comme prisonnier de ses actions.

Nous avons vu en outre que la protection de l'actionnaire à l'aide de la règle de l'article 1855 ou du principe d'égalité, sera rarement justifiée en droit. Quant à la théorie de l'excès de pouvoirs, elle n'a, d'après nous, qu'un domaine limité.

La nécessité d'un juste prix correspondant à la valeur réelle des titres, permettra de suppléer à toutes ces lacunes, particulièrement lorsqu'il s'agira de clauses d'évaluation originaires qui n'offrent aucune prise aux recours pour abus de droit ou violation de l'égalité entre actionnaires.

Nous ne pouvons, en effet, admettre la thèse soutenue

par l'autre arrêt de la Cour de Paris, du 3 avril 1939, d'après lequel les clauses d'évaluation statutaires sont exclusives de la notion de juste prix.

Dans cette espèce, il s'agissait, nous le savons, d'une clause de rachat *obligatoire* qu'il est nécessaire de distinguer de la clause de préemption au point de vue des conditions de validité [1].

La dite clause devait jouer, non pas à l'occasion d'un transfert isolé, mais à tout moment, si l'intérêt de la société et des actionnaires l'exigeait, d'autre part, le rachat était effectué par la société elle-même et à un prix fixé en livres sterling, qui d'ailleurs à l'époque de l'application des statuts au demandeur, n'était pas négligeable, puisqu'il se trouvait être, en francs, le triple de la valeur nominale des actions.

Au contraire, pour la clause de préemption, le seul fait que le rachat est *facultatif* pour les bénéficiaires de la convention, et que le montant du prix de reprise ne doit pas subir l'influence de leur décision, suffit à justifier ici l'exigence d'un prix correspondant à la valeur réelle des actions, même si la clause restrictive a été inscrite aux statuts dès l'origine de la société [2].

SECTION II

LES SANCTIONS DE LA VIOLATION DE CES LIMITES

Les actionnaires victimes d'une clause d'évaluation disposent, nous le voyons, de plusieurs moyens de droit

1. V. *supra*, p. 123. Cf. Introduction, p. 23.
2. V. G. LAGARDE, note sous Trib. comm. de la Seine, 2 mai 1938, *Revue générale de droit commercial*, 1939, p. 592 *in fine*.

pour en contester la validité. Mais quel que soit le motif invoqué (droit propre, abus de droit ou nécessité d'un juste prix) il importe de déterminer le degré et la nature des sanctions qui suivant les espèces, seront prononcées par les tribunaux.

La nullité de la clause d'évaluation, l'attribution au demandeur de dommages-intérêts, les sanctions pénales éventuelles, tels sont les points que nous nous proposons d'examiner.

Enfin, dans un dernier paragraphe, nous traiterons du cas exceptionel où la clause d'évaluation serait attaquée, comme ayant servi à avantager indûment l'actionnaire cédant.

§ 1. — La nullité de la clause d'évaluation.

Avant d'aborder cette question, il est nécessaire de faire tout de suite une distinction, entre la nullité et *l'inopposabilité* de la clause d'évaluation.

Dans ce dernier cas, la clause en elle-même n'est pas critiquable et par suite, il n'y a pas lieu d'en prononcer l'annulation, mais, pour des raisons diverses, le système d'évaluation n'a pu jouer normalement et n'est pas opposable à l'actionnaire cédant.

Par exemple, dans les statuts, il est parfois stipulé que le prix de préemption sera le prix offert par le cessionnaire éventuel, mais qu'il ne pourra dépasser un maximum fixé annuellement par l'assemblée générale ordinaire ; nous avons déjà vu[1] que si l'assemblée néglige de fixer ce maximum, la clause est inopposable à l'ac-

1. V. *supra*, chap. I, Sect. II, p. 73.

tionnaire cédant : ce dernier sera en droit d'exiger le rachat au prix que lui a proposé son acheteur.

La solution est analogue dans l'hypothèse où le taux de reprise doit être déterminé sur la base du dernier bilan et que ce bilan n'a pas été encore approuvé et arrêté : la clause d'évaluation est inefficace et une expertise est nécessaire pour fixer le prix de préemption [1].

Le problème est totalement différent lorsque le demandeur attaque directement la validité de la clause d'évaluation et nous allons étudier successivement :

A. *Les caractères généraux de l'action en nullité de la clause d'évaluation.*

B. *L'étendue de la nullité.*

A. — *Caractères généraux de l'action en nullité de la clause d'évaluation.*

L'action tendant à faire prononcer la nullité de la clause d'évaluation sera normalement intentée contre la société par les actionnaires ou leurs ayants droit [2] qui s'estiment désavantagés par le jeu de la dite clause.

Mais quel va être le caractère de la nullité, capable de faire échec aux stipulations des statuts, lorsque le tribunal reconnaîtra le bien fondé de la requête des demandeurs ?

S'agit-il d'une nullité relative ou d'une nullité absolue ?

Cette distinction est classique en droit commun, mais ne s'impose pas avec la même netteté en matière de sociétés [3]. Nous allons néanmoins, nous attacher à établir qu'en général il est bien question d'une nullité rela-

1. Cf. BASTIAN, *op. cit.*, p. 475. — V. *supra*, Chap. II, Sect. IV, p. 87, note 2.

2. C'est-à-dire, les héritiers ou légataires en cas de mutation par décès et les créanciers adjudicataires en cas de saisie.

3. Cf. J. HÉMARD, *Théorie et pratique des nullités de sociétés et des sociétés de fait*, Paris, 1926, nos 298 à 301, p. 384 à 391.

tive, sauf dans l'hypothèse exceptionnelle où il y a lieu d'appliquer l'article 1855 du Code civil prohibant les clauses léonines [1].

Dans tous les autres cas, en effet, on se trouve indiscutablement en présence de caractères propres à la nullité relative.

1° La nullité de la clause ou de la décision attaquée doit être prononcée en justice ;

2° Elle est susceptible d'être invoquée seulement par certains intéressés, ceux auxquels la clause est préjudiciable, c'est-à-dire en l'occurence l'actionnaire cédant ou ses ayants droit [2].

3° Cependant un doute s'élève au sujet de la nature de cette nullité ; sera-t-elle couverte par une décision de l'assemblée générale extraordinaire amendant les statuts Il est permis de se demander s'il est possible de se référer ici aux règles prévues pour les sociétés en commandite par l'article 8 de la loi du 24 juillet 1867 (modifié successivement par la loi du 1er août 1893 et un décret du 30 octobre 1935) et étendues aux sociétés anonymes par l'article 42 de la même loi.

Ces textes en effet faisant respectivement suite aux articles 7 et 41 de la loi, semblent viser uniquement la nullité qui atteint le pacte social tout entier lorsqu'il a été contrevenu aux dispositions impératives qui ré-

1. Il s'agit alors d'une nullité absolue qui peut être opposée par tous les intéressés et qui ne peut être couverte.

2. Cependant, lorsque par exemple, la clause aboutit automatiquement à rendre les actionnaires « prisonniers de leurs titres », il y a là un vice propre et définitif, qui les autorise à demander l'annulation, même s'ils n'ont pas actuellement l'intention de céder leurs actions. (Comp. Trib. civ., de la Seine, Jugement précité du 21 janvier 1925, D.P. 1927.2.106 : dans cette espèce, le demandeur a obtenu la nullité d'une décision d'assemblée générale introduisant une clause restrictive dans les statuts, avant même qu'elle soit appliquée, pour un motif d'ailleurs discutable, l'augmentation des charges des actionnaires. V. *supra*, Chap. I, Sect. I, p. 31.

gissent la constitution des sociétés par actions (Art. 1, 2, 3, 4 et 5 pour les commandites ; Art. 22, 23, 24 et 35 pour les sociétés anonymes).

Or, l'article 8 stipule que :

a) « Si pour couvrir la nullité, une assemblée générale devait être convoquée, l'action en nullité ne serait plus recevable à partir de la date de convocation régulière de cette assemblée.

b) « L'action en nullité de la société ou *des actes et délibérations postérieurs à sa constitution* est éteinte lorsque la cause de la nullité a cessé d'exister avant l'introduction de la demande ou en tout cas au jour où le tribunal statue sur le fond en première instance ».

Bien que l'interprétation littérale de ce texte ne l'autorise pas[1], nous estimons qu'on doit admettre l'application de ces règles en matière de clauses de préemption, et plus spécialement de clauses accessoires d'évaluation.

Il ne serait pas logique en effet de se montrer plus rigoureux que le législateur (qui permet de remédier à l'annulabilité d'une société pour vice de constitution) à propos de la nullité d'une stipulation particulière qui, sauf exception, n'entraînera pas la nullité de la société tout entière.

Donc, il faut décider que l'action en nullité de la clause d'évaluation ou de la décision en faisant application ne sera plus recevable, par exemple :

a) Lorsque l'assemblée générale extraordinaire, à la suite d'une délibération régulière en la forme, aura changé le procédé d'évaluation qui précédemment

1. La clause de préemption, dérogatoire au droit commun des sociétés par actions, ne peut, en effet, — qu'elle soit statutaire ou introduite après coup — être assimilée à une règle constitutive de la société.

n'assurait pas à l'actionnaire cédant un prix correspondant à la valeur réelle de ses titres [1].

b) Ou, si un prix de préemption trop bas ayant été fixé par les organes sociaux, chargés de sa détermination, l'assemblée réunie ultérieurement offre au vendeur un prix équitable supérieur à l'évaluation précédente [2].

4° Une dernière question se pose en ce qui concerne la prescription ; nous pensons qu'il faut également appliquer ici le nouvel article 8 « *in fine* », de la loi de 1867 qui décide que « les actions en nullité... sont prescrites par 5 ans » [3]. On peut se demander quel sera le point de départ de ce délai de prescription : la date d'introduction dans les statuts, de la clause attaquée ou la date de son application au demandeur. A notre avis, il faut adopter cette dernière solution, car la clause en question peut être licite, et seule son application critiquable ; d'autre part, même si la stipulation visée est intrinsèquement illicite, elle a pu rester de nombreuses années sans application effective, et il est nécessaire qu'elle soit mise en œuvre, pour que le délai de prescription de l'action en nullité commence à courir.

B. — *L'étendue de la nullité.*

L'exposé qui précède nous fait donc conclure à la

1. V. dans ce sens la modification introduite dans les statuts de la Société Michelin, par l'assemblée générale extraordinaire du 22 janvier 1928 qui a remplacé un mode d'évaluation forfaitaire par un système d'adjudication ; à ce sujet, comp. motifs Trib. Com. Clermont-Ferrand du 29 octobre 1929, critiquant la deuxième clause aussi bien que la première (D.H. 1929, p. 582) et motifs arrêt Riom, 25 mars 1933, réformant la décision des juges consulaires, *Journ. Soc.*, 1933, p. 677 et suiv.

2. Comp. cependant arrêt précité, Req. 11 septembre 1940, D.H. 1940. p. 166.

3. Le décret du 30 octobre 1935 a abrégé le délai de prescription qui, sous l'empire de la loi de 1893, était de 10 ans. Cf. H. Bosvieux « Des modifications au régime de la nullité et de la responsabilité dans les sociétés par actions, décret-loi du 30 octobre 1935, art. 2 », *Journ. Soc.*, 1936, p. 456 et 457. Comp. Arrêt précité, Riom, 25 mars 1933, et la note de P. Cordonnier.

nullité relative, dans la plupart des circonstances, où la clause d'évaluation donne lieu à critique. Mais l'étendue de cette nullité est variable suivant qu'il s'agit d'une clause originaire, d'une clause introduite (ou modifiée) par une délibération d'assemblée générale ou enfin d'une décision appliquant une clause préexistante valable à un cas spécial : ce sont ces trois hypothèses que nous allons envisager successivement.

1° *Nullité d'une clause originaire.*

La nullité d'une clause d'évaluation insérée dans les statuts à l'origine de la société, peut sembler à première vue, une mesure exceptionnelle.

Nous avons vu en effet qu'il n'est pas possible alors, de considérer la clause comme abusive, ou contraire au principe d'égalité, puisqu'elle a été approuvée par l'unanimité des actionnaires.

D'autre part, nous savons que les tribunaux attachent moins d'importance au mode d'évaluation lui-même qu'aux résultats qu'il donne dans chaque cas particulier d'application [1].

Il arrive cependant que la clause originaire soit entachée d'un vice propre, lorsqu'il s'agit d'un système forfaitaire, fixant des bases de calcul invariables, qui aboutissent automatiquement à déterminer un prix de préemption inférieur à la valeur réelle des titres (rachat au pair ou capitalisation de dividendes à un taux sans rapport avec le coefficient de productivité de l'entreprise) : quel que soit le procédé employé, les motifs, et, en même temps, l'étendue de la nullité varieront avec l'importance de la disproportion existant entre le prix obtenu et la valeur réelle.

1. V. *supra*, p. 101 et 127.

a) *Nullité résultant de la violation de l'article* 1855 *Code civil.* — Si la clause équivaut à priver les actionnaires cédants de toute participation aux bénéfices, et cela toujours au profit des mêmes co-associés, il y aura lieu de recourir à l'article 1855 du Code civil, portant interdiction des pactes léonins[1]. Nous avons déjà dit plus haut, que s'agissant ici d'une prohibition d'ordre public, la clause d'évaluation sera nulle, d'une nullité absolue et entraînera, non seulement la nullité de la clause principale de préemption, mais celle de la société toute entière[2].

C'est là la solution adoptée par l'arrêt de la Chambre des Requêtes du 21 décembre 1937, qui d'ailleurs, en l'espèce, pouvait prêter à discussion[3].

L'article 1855 a été également invoqué par l'arrêt des Requêtes déjà cité, du 11 septembre 1940[4], mais dans des circonstances très différentes et avec des attendus et des conclusions qui ne nous paraissent pas fondés en droit et qui méritent d'être analysés en détail. L'espèce était la suivante :

Il s'agissait d'une clause combinée d'agrément et de préemption, en vertu de laquelle la Société Anonyme du Journal « *Le Messin* » avait refusé d'admettre comme associés les héritiers d'une Dame Tischmacher, actionnaire, et entendait racheter les 60 actions, dont la « *de cujus* » était propriétaire, au prix de 500 francs l'une, taux fixé, conformément aux statuts, par une décision de l'assemblée générale annuelle.

Une instance avait été introduite par les ayants

1. Cf. *supra*, p. 108 et suiv.
2. V. *supra*, p. 108 *in fine*.
3. Cf. *supra*, p. 110 à 112.
4. Société anonyme du Journal « *Le Messin* » c/ consorts Heully, *Gaz. Pal.*, octobre-novembre 1940, p. 134 à 136.

droit de la défunte auprès de la Chambre commerciale du Tribunal de Metz, en vue :

— de faire prononcer la nullité de la société,

— de faire constater que ladite société n'avait pas qualité pour racheter ses propres titres ;

— d'obtenir le paiement d'une somme de 150.000 fr. représentant la valeur réelle des 60 actions ayant appartenu à leur auteur (soit 2.500 fr. par titre).

Le Tribunal, après avoir (très justement, semble-t-il) écarté les deux premiers chefs de la demande, avait statué uniquement sur la question du taux de préemption et décidé, après expertise, d'attribuer aux consorts Heully, un prix de rachat de 90.000 francs (soit 1.500 fr. par titre) pour les 60 actions faisant l'objet du litige.

Cette solution, qui a été confirmée par une décision de la Cour de Colmar du 5 avril 1938 et par l'arrêt de la Chambre des Requêtes du 11 septembre 1940, paraît justifiée en fait, mais les motifs invoqués en droit par la juridiction d'appel et la Cour de cassation se heurtent à de sérieuses objections.

Il résulte en effet de l'interprétation jurisprudentielle que :

D'une part, la clause, d'après laquelle le prix de préemption est fixé souverainement par l'assemblée générale annuelle, doit être considérée « comme léonine, et partant, comme nulle en vertu de l'article 1855 Code civil, car elle permet aux autres associés réunis en assemblée générale de fixer le prix de rachat selon leur bon plaisir et sans aucun contrôle et de priver à leur profit les héritiers de l'actionnaire défunt de toute part dans le partage du bénéfice accumulé dans les réserves et les plus values pouvant exister dans l'actif de la société ». (Motifs de l'arrêt de la Cour de Colmar).

D'autre part, cette clause « qui contredit au principe essentiel du contrat de société formulé par l'article 1855 est nulle, quelle que soit la manière dont elle a été introduite dans les statuts, et ne saurait être opposée aux ayants droit d'un actionnaire, celui-ci eut-il participé par son vote à son introduction ».

Cependant, malgré le caractère absolu de la nullité, qui frappe ainsi la clause d'évaluation, la clause principale de préemption et, « *a fortiori* », le pacte social tout entier restent valables ; il appartient seulement au juge du fond de « déterminer le préjudice et de fixer la réparation en allouant aux héritiers une somme égale à la valeur réelle des actions, déterminée d'après les résultats d'une expertise » (Motifs de l'arrêt de la Chambre des Requêtes).

Reprenons cette argumentation :

Tout d'abord, il n'est pas exact, à notre avis, de faire appel à l'article 1855, à propos de la convention qui laisse à l'assemblée générale ordinaire le soin de déterminer annuellement le taux de préemption ; car cette clause, bien moins encore que celle qui impose le rachat à la valeur nominale des titres [1] n'aboutit pas forcément à réserver à certains associés la totalité des bénéfices.

L'évaluation par les organes sociaux peut même donner un prix tout à fait équitable, et le seul moyen juridique de faire échec à une stipulation de ce genre serait, d'après nous, de prononcer la nullité de la clause de préemption tout entière, pour défaut de prix, mais nous savons que la jurisprudence n'a jamais adopté ce point de vue [2].

Par ailleurs, si, contrairement à notre opinion, on admet néanmoins que la convention litigieuse est léonine

1. V. *supra*, p. 110 à 112.
2. Cf. *supra*, Chap. I, Sect. II, p. 72.

la nullité qui la frappe est absolue et, s'agissant ici d'une clause d'évaluation originaire, son annulation doit entrainer la nullité de la clause principale et bien plus, de la société elle-même (et non pas l'attribution aux héritiers d'une indemnité compensatoire).

On comprend parfaitement que les juges du fond et la Chambre des Requêtes aient reculé devant cette solution extrême [1] — les demandeurs semblent cependant l'avoir eue en vue dans leur acte introductif d'instance — mais alors, il est contradictoire de recourir à l'article 1855 dont la violation, d'après une jurisprudence constante [2], entache de nullité le pacte social tout entier.

Il suffisait ici d'annuler la décision de l'assemblée générale, comme n'ayant pas fixé le « juste prix » correspondant à la valeur réelle des actions [3] : malgré cette solution, le juge du fait ne se trouvait point astreint (comme le prétendaient les défendeurs dans leur pourvoi en cassation) à renvoyer à une autre assemblée le soin d'une détermination équitable ; il avait encore la faculté d'attribuer *de plano* aux héritiers du défunt une indemnité représentant la valeur des titres rachetés, établie d'après les résultats d'une expertise. Il faut, en effet, se référer ici à l'article 8 de la loi du 24 juillet 1867 modifié par le décret-loi du 30 octobre 1935 [4], qui stipule que l'action en nullité de la société ou des actes et délibérations postérieurs à sa constitution n'est plus recevable à partir de la date de convocation régulière de la nouvelle assemblée. Or, dans l'espèce envisagée, l'action des demandeurs était intervenue avant toute convocation de cette nature.

1. Cf. note sous Req., 11 septembre 1940, *Sem. jur.*, 1940, n° 1574.
2. V. *supra*, p. 108, *in fine*.
3. Cf. *supra*, p. 130. V. dans ce sens, note sous Req., 11 septembre 1940 *Gaz. Pal*, octobre-novembre 1940, p. 135 *in fine*.
4. Cf. *supra*, p. 134 et 135.

D'autre part, l'article 8 précité prévoit bien que le tribunal saisi d'une action en nullité *pourra*, même d'office, fixer un délai pour couvrir les nullités », mais il n'y a pas là une disposition impérative liant le juge : le tribunal aurait donc été fondé à prononcer la nullité de la délibération de l'assemblée, tout en se réservant le soin de déterminer lui-même à l'aide de l'expertise le taux de préemption et, sans avoir besoin pour cela, d'annuler une clause d'évaluation « juridique dans son principe et qui ne devient spoliatrice que si son application n'est pas équitable »[1].

b) *Nullité résultant de l'obstacle apporté au droit de retraite de l'actionnaire.* — Quand la vileté du prix obtenu par le jeu de l'évaluation forfaitaire est telle que l'actionnaire peut s'estimer contraint de rester en société, la nullité de la clause accessoire devra être également prononcée, mais la question se pose alors de savoir si la nullité de la clause principale et de la société elle-même en résultera forcément. En effet, dans les cas où il y a lieu d'appliquer l'article 1855 du Code civil, la jurisprudence a toujours présumé que les parties n'auraient pas contracté sans l'existence de la clause illicite ; donc, par application de l'article 1172 du Code civil — qui stipule que « toute condition d'une chose impossible ou contraire aux bonnes mœurs ou prohibée par la loi est nulle et rend nulle la convention qui en dépend » — l'illicéité de la clause d'évaluation entraîne l'annulation de la clause de préemption et du pacte social tout entier.

Mais cette présomption ne joue plus, lorsque l'actionnaire invoque le droit de se retirer à son gré de la société dont il fait partie ; car bien qu'il s'agisse là d'une règle

1. V. note précitée M.N. sous Trib. civ., Seine, 21 janvier 1925, D.P. 1927.2.108 *in fine*.

d'ordre public, il est douteux que la clause d'évaluation litigieuse ait été une cause déterminante de la conclusion du contrat[1]. Pour obtenir l'annulation de la société, l'actionnaire devra donc prouver le but illicite poursuivi par les rédacteurs des statuts qui ont introduit la clause incriminée, dans l'intention de rendre problématique (sinon impossible) le départ des associés[2].

Généralement, cette preuve ne sera pas facile à fournir et la nullité de la clause d'évaluation aura le plus souvent comme seule conséquence de rendre la clause de préemption inopposable à l'actionnaire vendeur, qui reprendra sa liberté de céder ses titres à un acquéreur de son choix[3].

c) *Nullité résultant de la nécessité d'un juste prix.* — La même solution devra être adoptée dans le cas où il est reconnu que le système d'évaluation statutaire ne peut aboutir à un rachat équitable correspondant à la valeur réelle des titres préemptés.

La clause accessoire sera nulle et la clause principale de préemption inopposable aux intéressés.

La première décision faisant application de la notion de juste prix à une clause originaire, est dans ce sens, et va même plus loin : le tribunal civil de la Seine dans son jugement du 9 avril 1894[4] a en effet admis un actionnaire à refuser l'exercice du droit de préemption, parce que le cours maximum fixé aux statuts *pouvait* être inférieur à la valeur réelle et réalisable des titres[5].

1. Cf. G. LAGARDE, *op. cit.*, p. 121 et 122.
2. Il s'agira alors d'une nullité absolue.
3. La nullité de la clause d'évaluation est alors une nullité relative, qui peut être couverte par une décision ultérieure de l'assemblée générale modifiant les statuts.
4. V. jugement précité, Trib. civ., Seine, 9 avril 1894, *Journ. Soc.*, p. 224 et suiv.
5. Dans cette décision plutôt ancienne, le tribunal de la Seine paraît, contrairement à la tendance actuelle, avoir pris en considération le procédé d'évaluation en lui-même et, non pas le résultat qu'il était susceptible de donner dans un cas précis (Cf. *supra*, p. 100).

2° *Nullité d'une clause introduite ou modifiée par une délibération d'assemblée générale extraordinaire.* — Nous examinerons ici, d'une part, quelles peuvent être les causes, et d'autre part, quelles sont les conséquences de la nullité d'une clause introduite ou modifiée par une décision d'assemblée générale.

a) *Causes de nullité de la nouvelle clause accessoire.* — La validité de cette clause pourra être mise en doute pour les mêmes raisons que précédemment, c'est-à-dire suivant les circonstances : violation de l'article 1855 du Code civil, contrainte de l'actionnaire obligé de rester en société ou absence « d'un juste prix ». Dans toutes ces hypothèses, la clause est illicite au même titre que s'il s'agissait d'une convention statutaire.

D'autre part, lorsque la clause d'évaluation insérée dans le pacte social est en elle-même licite, nous avons vu que la décision de l'assemblée générale peut être néanmoins attaquée en vertu de la théorie de l'excès de pouvoirs, si le demandeur apporte la preuve que la décision prise lui est préjudiciable, tout en n'étant pas conforme à l'intérêt social[1].

b) *Conséquences de la nullité.* — Mais, quelle que soit la cause de nullité invoquée, c'est simplement la nullité de la délibération qui devra être prononcée, jamais l'annulation de la société tout entière ne pourra en résulter, même s'il s'agit d'une clause léonine ou d'une convention destinée à empêcher le départ des associés[2].

Le seul problème qui se pose consiste à se demander si la nullité atteindra une partie de la délibération ou la délibération tout entière. C'est là, avant tout une ques-

1. V. *supra*, p. 115.
2. V. *supra*, p. 110.

tion d'espèces, à propos de laquelle on peut néanmoins énoncer les règles suivantes :

Quand la décision de l'assemblée générale a eu uniquement pour but de modifier la clause d'évaluation primitivement adjointe à un droit de préemption déjà existant, seule la nouvelle clause accessoire sera annulable, la nullité entraînant le retour aux modalités de l'ancienne clause[1] et éventuellement l'attribution de dommages-intérêts aux demandeurs.

Mais, si la clause principale n'existait pas dans les premiers statuts et a été introduite par le vote de l'assemblée générale il faut distinguer :

— S'agit-il d'une clause illicite, la nullité de la clause d'évaluation provoquera les mêmes effets que si elle atteignait une clause originaire : nullité ou inopposabilité de la clause principale, suivant les motifs invoqués.

— Lorsque, par contre, la clause est licite et que la délibération n'est critiquable que comme constituant un excès de pouvoirs, la nullité de la clause d'évaluation ne sera pas toujours un obstacle à l'exercice du droit de préemption : il est évident, par exemple que si la convention restrictive a été insérée dans les statuts conformément à l'intérêt social et que seule l'introduction du procédé d'évaluation soit abusive, le demandeur obtiendra simplement des dommages-intérêts.

3° *Nullité d'une décision faisant application, à un cas spécial, d'une clause préexistante valable.* — Il faut écarter ici une des causes de nullité précédemment envisagée qui ne peut être invoquée à propos de la décision de l'assemblée générale (ou du conseil d'administration) appliquant une clause intrinsèquement valable à un cas

1. V. dans ce sens, arrêt précité, Civ., 9 février 1937.

particulier de cession : en effet l'actionnaire cédant ne pourra plus attaquer la clause comme léonine, puisque, par hypothèse, la dite clause est licite. Seule son application actuelle est critiquable, soit parce qu'elle apporte un obstacle temporaire et occasionnel[1] au droit de retraite de l'actionnaire[2], soit, parce qu'elle constitue une violation occulte du principe d'égalité[3], soit simplement parce qu'elle est abusive ou qu'elle aboutit à procurer au cédant un prix inférieur à la valeur réelle de ses titres : le plus souvent, il s'agira d'une stipulation des statuts laissant aux organes sociaux le soin de fixer le prix de rachat.

La nullité de la décision, si elle est obtenue par le demandeur[4], n'entraînera jamais la nullité de la clause d'évaluation, ni par suite de la clause principale de préemption ; la convention devra toujours jouer à l'encontre des intéressés qui obtiendront seulement des dommages-intérêts ou un supplément de prix[5].

1. S'il s'agissait d'un obstacle permanent introduit à dessein dans les statuts, nous avons vu que la validité de la clause elle-même serait en jeu (V. *supra*, p. 142 et 143).

2. V. *supra*, p. 103 à 105.

3. Cf. *supra*, p. 108.

4. Ici, peuvent être demandeurs uniquement l'actionnaire cédant (vente contractuelle ou donation), ses héritiers (mutation par décès) ou ses créanciers (adjudication sur saisie). On pourrait d'ailleurs imaginer un autre cas où les créanciers de l'actionnaire cédant seraient en droit d'attaquer (personnellement cette fois-ci) au moyen de l'action paulienne, la validité de la décision des organes sociaux déterminant un prix de préemption trop bas, mais il leur faudrait alors prouver qu'il existe une entente frauduleuse entre leur débiteur et les représentants de la société, qui se seraient mis d'accord sur la fixation d'un prix de rachat fictif en fraude des droits des tiers.

5. Comp. Req., 11 septembre 1940, arrêt précité et nos observations p. 141 : dans cette espèce, nous avons conclu en faveur du maintien de la clause d'évaluation (contrairement à la thèse jurisprudentielle) et admis cependant l'attribution aux demandeurs d'une indemnité compensatoire.

§ 2. — L'attribution au demandeur de dommages-intérêts.

La nullité n'est pas la seule sanction susceptible d'être mise en œuvre lorsque la validité ou tout au moins la portée de la clause d'évaluation est discutable.

Le demandeur doit également obtenir des dommages-intérêts lorsqu'il peut faire état d'un préjudice causé par le jeu de la clause d'évaluation.

Deux hypothèses sont à envisager : ou bien, la condamnation à des dommages-intérêts est prononcée à titre accessoire en même temps que la nullité de la convention, ou bien il s'agit d'une indemnité accordée au demandeur à titre principal.

A. — *Dommages-intérêts accessoires.*

En principe, lorsque la nullité de la clause d'évaluation entraîne la nullité ou l'inopposabilité de la clause principale, l'actionnaire n'a pas droit à des dommages-intérêts puisqu'il a de nouveau la possibilité de transmettre ses titres à un cessionnaire de son choix, à des conditions librement débattues[1].

Cependant, même si la clause de préemption ne joue plus, il est possible que le demandeur ait subi un préjudice ; d'après les règles applicables en matière de dommages-intérêts[2], il faudra qu'il prouve à la fois la matérialité de ce préjudice et son imputabilité au défendeur, en l'occurence la société.

C'est ainsi que dans l'affaire Godin contre Société des Rizeries françaises[3], la clause d'évaluation et la clause

1. Et en cas de saisie ou de mutation par décès, les ayants droit du cédant ne peuvent plus être empêchés de devenir titulaires des actions.
2. Cf. JOSSERAND, *op. cit.*, t. II, n° 607.
3. V. *supra*, chap. I, sect. I, § 1, p. 29 et 30.

combinée d'agrément et de préemption introduites dans les statuts par une décision de l'assemblée générale ont été annulées par les juges du fond ; néanmoins des dommages-intérêts ont été accordés au demandeur : en effet, l'acquéreur qui était disposé à acheter les actions du cédant au taux de 1.600 francs l'une, alors que la société offrait seulement 850 francs, s'était retiré, n'ayant pas voulu accepter le risque d'un rachat forcé à ce dernier prix : en conséquence, la Cour de Rouen (arrêt du 3 janvier 1923) a condamné la société à verser à Godin une indemnité compensatoire, et, modifiant sur ce point la décision du Tribunal de commerce du Havre (jugement du 28 octobre 1921) qui avait « réservé l'allocation de dommages intérêts, jusqu'à ce que le demandeur ait établi son préjudice , « elle a estimé » que les éléments de l'affaire, d'ores et déjà acquis, suffisaient à justifier le droit à réparation et la mesure dans laquelle elle était due ». Dans ce but la Cour a ordonné « une vente publique aux enchères dont le produit net devait revenir à l'actionnaire, auquel la société a été condamnée à verser, *en sus*, à titre de dommages-intérêts, la somme nécessaire pour parfaire le chiffre de 1.600 fr. par action[1].

2° Il peut parriver également que l'annulation de la clause d'évaluation n'entraîne, ni la nullité, ni l'inopposabilité de la clause principale.

Quand par exemple, la clause de préemption introduite par une décision de l'assemblée générale est licite et que seule l'insertion de la clause accessoire est consi-

1. Cette solution a été critiquée par divers auteurs. (V. notes sous Req., 2 janvier 1924, P. Esmein, S. 1924.1.225 et J. Escarra, D.P. 1927. 1.161) qui ont reproché à la Cour de Rouen de paralyser le droit de préemption qui avait pu être légitimement institué par la société. On pourrait cependant justifier cete décision, en insistant sur le fait que la clause de préemption avait été annulée par le tribunal et qu'elle était devenue inopérante.

dérée comme constituant un abus de droit, l'actionnaire et ses ayants droit recevront encore des dommages-intérêts dont le montant représentera le plus souvent la différence entre le prix proposé par la société et la valeur réelle des titres. Mais si la délibération de l'assemblée qui est annulée a eu simplement pour but de modifier le procédé d'évaluation primitivement adjoint à une clause restrictive déjà existante, il n'y aura pas lieu en général d'allouer au demandeur des dommages-intérêts, puisque c'est l'ancienne clause d'évaluation statutaire, licite par hypothèse, qui s'appliquera de nouveau[1].

Il n'en serait autrement que dans les cas où la décision litigeuse aurait été annulée pour abus de droit. D'après notre théorie[2] l'actionnaire aura dû alors établir l'existence d'un préjudice et pourra obtenir l'indemnité correspondante, dont le montant sera variable suivant les circonstances.

Remarquons enfin que dans tous les cas où il y aura lieu d'attribuer à l'actionnaire des dommages-intérêts à la suite d'un excès de pouvoirs, le préjudice ne sera pas en général imputable à la société elle-même, mais à ses représentants (membres du conseil d'administration ou gérants) qui ont dépassé la mesure de l'intérêt social ou n'en ont tenu aucun compte, et qui seront personnellement condamnés au paiement de l'indemnité allouée au demandeur par le tribunal[3].

B. — *Dommages-intérêts accordés à titre principal.*

Nous savons que la nullité de la clause d'évaluation ne doit plus être prononcée, lorsqu'il s'agit d'une conven-

1. Jusqu'à ce qu'intervienne une délibération ultérieure de l'assemblée. V. dans ce sens, arrêt précité, Civ., 9 février 1937.
2. V. *supra*, p. 115.
3. V. dans ce sens BASTIAN, *op. cit.*, p. 472 et 473.

tion valable appliquée par une décision des organes sociaux à un cas particulier de cession. Seule la délibération litigieuse sera annulable et le demandeur obtiendra alors simplement une indemnité dont le montant sera en principe égal à la différence entre le prix proposé par la société et la valeur réelle des titres, déterminée par expertise ou autrement[1].

Mais, puisque la clause d'évaluation est reconnue valable, et que seule son application présente est contestée, il devient quelquefois difficile de relever une faute à la charge des défendeurs, même si le préjudice subi par le demandeur est évident. Il ne sera pas toujours possible en effet d'invoquer le droit de retraite de l'actionnaire cédant ou le principe d'égalité, ni même le respect de l'intérêt social. Ainsi, quand les statuts prévoient que le droit de préemption s'exercera au prix déterminé par l'assemblée générale annuelle, celle-ci peut fixer un taux de rachat inférieur à la valeur réelle des actions, sans contredire à aucun de ces principes. Il faudra alors invoquer la notion de juste prix pour permettre à l'actionnaire lésé d'obtenir une indemnité compensatoire, mais au lieu de dommages-intérêts, ne s'agira-t-il pas là plutôt d'un supplément de prix, analogue à celui qui est accordé, en cas de rescision pour lésion au vendeur d'immeuble (art. 1681 C. civ.) ou au cohéritier à la suite d'un partage (art. 891 C. civ.). Ce rapprochement, pourtant, ne nous satisfait guère ; il faut remarquer, en effet, que dans les deux cas envisagés, les textes du Code civil prévoient une option en faveur du défendeur qui peut à son gré subir la rescision de la vente ou du partage, ou bien l'empêcher, en ver-

1. V. *supra*, p. 146.

sant un supplément de prix. Or, cette option n'existe pas en notre matière : même si l'on invoque la notion de juste prix, qui se rattache à l'idée de lésion, la rescision ne peut intervenir ici, puisque le droit de préemption de la société subsiste, malgré l'annulation de la décision qui a fixé le taux de rachat.

Aussi préférons-nous conserver toujours à l'indemnité qui sera allouée au demandeur, le caractère de dommages intérêts compensatoires. Il n'est pas indiqué, en effet, d'attribuer une nature juridique différente à des sanctions qui aboutissent au même résultat : faire obtenir à l'actionnaire un prix équitable de ses titres. Notre solution se justifie d'ailleurs encore, lorsqu'on fait appel à la nécessité d'un juste prix, puisque dans le dernier état de la jurisprudence et de la doctrine, il semble y avoir là une règle impérative conditionnant l'exercice du droit de préemption. Si cette condition n'est pas remplie, on peut de nouveau soutenir qu'il y a là une faute imputable à la société et donnant ouverture à des dommages-intérêts.

§ 3. — Les sanctions pénales éventuelles.

Les tribunaux peuvent prononcer la nullité de la clause d'évaluation ou attribuer des dommages-intérêts au demandeur, en l'absence de toute manœuvre frauduleuse des dirigeants responsables de la société ; mais ces derniers, si leur mauvaise foi est démontrée, sont susceptibles, en outre, de tomber sous le coup de la loi pénale, dans certaines circonstances que nous allons examiner.

A. — *La loi du 3 décembre 1926 modificative de l'article 419 du Code pénal.*

Ce texte, dans son nouvel alinéa 2, vise tous les individus qui, « en exerçant ou tentant d'exercer, soit individuellement, soit par réunion ou coalition, une action sur le marché dans le but de se procurer un gain qui ne serait pas le résultat du jeu naturel de l'offre et de la demande, auront directement, ou par personne interposée opéré ou tenté d'opérer la hausse ou la baisse du prix des denrées ou marchandises ou des effets publics et *privés* ».

Or, les administrateurs ou gérants d'une société par actions, bénéficiaires d'un droit de préemption, pourraient, surtout lorsqu'ils sont maîtres de l'assemblée, user de leur influence pour fixer ou faire fixer un taux de rachat très bas, en vue de se procurer à bon compte les actions mises en vente ; par exemple, si le système d'évaluation prévu par les statuts est basé sur l'adjudication entre actionnaires, les dirigeants de la société seront parfois tentés de s'entendre secrètement pour ne pas pousser les enchères ; ils auront ainsi faussé le jeu de l'offre et de la demande, dans l'intention de se procurer un gain illicite résultant de la baisse artificielle du prix des actions (effets privés). Ils seront alors menacés de l'application de l'article 419 du Code pénal.

Mais, le tribunal correctionnel ne sera saisi que sur renvoi du juge d'instruction, et ce dernier n'agira que si l'intention frauduleuse des prévenus est évidente. Le plus souvent, il aura d'ailleurs recours à l'expertise ; dans ce cas, et, si les inculpés en font la demande, un expert choisi par eux sera adjoint à l'expert désigné par le magistrat instructeur (loi 3 décembre 1926, art. 3). Si l'expertise est concluante, le tribunal saisi de l'af-

faire pourra condamner les coupables à un emprisonnement de 2 mois à 2 ans ou à une amende de 2.000 à 10.000 francs et prononcer, en outre, l'interdiction de séjour (pour deux ans au moins et cinq ans au plus) et même l'interdiction des droits civiques et politiques.

B. — *Le décret-loi du 8 août 1935 modifiant les articles 15 et 45 de la loi du 24 juillet 1867.*

Il est parfois stipulé dans les statuts que le prix de préemption sera calculé, d'après le ou les derniers bilans de la société. L'actionnaire qui se plaint de ne pas recevoir la valeur réelle de ses titres pourra faire la preuve de l'inexactitude du bilan, mais s'il est démontré en outre, que les gérants ou les administrateurs ont eu, en réalité, l'intention de dissimuler la situation exacte de la société[1], les peines prévues par l'article 405 du Code pénal en matière d'escroquerie, leur seront applicables (art. 15, 5° et 45 de la loi du 24 juillet 1867, modifiés par le décret-loi du 8 août 1935). Les gérants et les administrateurs reconnus coupables pourront être condamnés à un emprisonnement de 1 an à 5 ans et à une amende de 1.000 à 10.000 francs ; l'interdiction pendant 10 ans des droits civiques, civils et de famille, prévue par l'article 42 du Code pénal et l'interdiction de séjour pendant le même nombre d'années pourront également être prononcées.

Ce sont là, qu'il s'agisse de la loi de décembre 1926 ou du décret-loi d'août 1935, des sanctions très sévères qui interviendront rarement à propos d'une clause d'évaluation : il n'en sera ainsi que dans les cas exceptionnels

1. L'article 15 de la loi de 1867, vise aussi bien la minoration d'actif que la majoration mensongère. V. dans ce sens, H. Bosvieux note précitée. *Journ. Soc.*, 1938, p. 210. — Cf. *infra*, p. 162.

ou l'intention frauduleuse des dirigeants de la société, ressortira nettement des faits de la cause et où le délit commis par eux sera caractérisé sans équivoque possible.

§ 4. — Sanctions de l'avantage indu résultant pour l'actionnaire cédant du jeu de la clause d'évaluation.

Au cours de l'étude que nous venons d'effectuer relativement aux clauses d'évaluation et aux contestations qui peuvent s'élever à leur sujet, nous n'avons rencontré jusqu'ici que des cas où le prix de préemption était inférieur à la valeur réelle des titres.

Mais, on peut se demander ce qui se passerait si, au contraire les actions mises en vente étaient rachetées plus cher qu'elles ne valent en réalité.

Nous manquons absolument d'éléments de discussion. Cette question, à notre connaissance n'a jamais été soulevée devant un tribunal et n'a pas davantage fait l'objet d'un examen doctrinal.

Aussi, en présence d'un problème entièrement nouveau nous admettrons qu'il existe ici un certain parallélisme avec les théories et les solutions déjà connues, qui ont été adoptées par les auteurs et la jurisprudence, lorsque le taux de rachat est inférieur au juste prix.

Remarquons toutefois, dès maintenant, qu'il existe une différence fondamentale entre les deux situations : alors que précédemment le préjudice résultant du jeu de la clause d'évaluation n'atteignait que l'actionnaire cédant ou ses ayants droit, la préemption effectuée à un prix trop élevé lèse au même titre tous les actionnaires restant en société ; en réalité c'est la collectivité sociale

tout entière qui est victime de l'application de la clause.

L'action qui sera intentée par les intéressés en vue d'obtenir réparation du dommage causé, n'aura donc plus le caractère d'une action individuelle, mais bien d'une action *sociale* qui, par exemple en cas de faillite ou de liquidation judiciaire pourra être exercée par le syndic ou le liquidateur, au nom de la société et à l'encontre des organes sociaux responsables du préjudice.

Mais cette responsabilité sera susceptible d'être engagée en dehors de toute faillite ou liquidation judiciaire et, en principe, l'action sociale devra être intentée alors, par les représentants habituels de la société : gérants ou conseil d'administration. Or, il est vraisemblable de supposer que ces représentants, à défaut de liquidateur ou de syndic, ne prendront pas l'initiative d'exercer une action en justice contre un ou plusieurs d'entre eux. Aussi est-il admis que des actionnaires agissant *ut singuli* peuvent intenter l'action sociale, à condition de conclure, non pas au nom de la société, mais en leur nom personnel et dans la mesure du préjudice qu'ils auront subi [1].

De plus, en vertu de l'article 17, alinéa 1 de la loi du 27 juillet 1867, des actionnaires représentant le vingtième au moins du capital social pourront charger à leurs frais, un ou plusieurs mandataires de soutenir l'action en justice contre les gérants ou administrateurs responsables.

L'action sociale exercée *à titre particulier* par certains actionnaires se comprendra encore lorsque le préjudice causé à la collectivité des associés ne sera pas imputable

1. V. dans ce sens, Civ., 23 juillet 1931, D.H. 1931, p. 521. Le préjudice subi par chaque actionnaire est en rapport avec le nombre de ses actions ; ici il sera aisément déterminé par comparaison avec le dommage total causé à la société, égal à la différence entre le prix du rachat effectif et « le juste prix » des actions cédées.

aux organes sociaux. Il y a en effet des cas, nous le savons, où la détermination du taux de préemption ne dépend plus des représentants de la société qui se bornent, par exemple, à appliquer strictement et conformément aux statuts un procédé d'évaluation forfaitaire.

Seule la validité de la clause sera alors en jeu ; l'action sera néanmoins exercée contre les gérants et les administrateurs représentant la société, qui ne seront pas, en principe, très disposés à agir eux-mêmes pour faire prononcer la nullité de la stipulation litigieuse.

Nous allons maintenant examiner quelles peuvent être les sanctions de l'exagération du prix de rachat ; nous distinguerons deux hypothèses : tout d'abord l'avantage indu dont bénéficie l'actionnaire cédant peut résulter d'un vice propre de la clause d'évaluation en dehors de toute manœuvre des dirigeants de la société, mais cet avantage peut également provenir de l'application abusive d'une convention en elle-même licite.

A. — *Avantage résultant d'un vice propre de la clause d'évaluation.*

1° La clause originaire ou introduite par une décision d'assemblée générale qui aboutit automatiquement à procurer au cédant un prix supérieur à la valeur réelle de ses titres, sera le plus souvent une clause d'évaluation forfaitaire dont les bases de calcul n'auront pas été déterminées avec exactitude. Il s'agira par exemple d'un procédé d'évaluation dépendant d'une capitalisation de dividendes dont le taux aura été fixé dans les statuts à un chiffre sans rapport avec la productivité effective de l'entreprise, étant donné sa situation actuelle. Pourrait-on invoquer encore ici la théorie du juste prix qui, pratiquement n'a été appliquée qu'aux hypothèses où le

prix de préemption est inférieur à la valeur réelle des titres ?

Nous penchons pour l'affirmative, mais il faut tenir compte du fait que les rôles sont maintenant inversés : ce n'est plus l'actionnaire cédant qui est victime de la clause, mais ce sont les actionnaires restant en société qui sont lésés et devront bénéficier d'une action tirée de la notion de juste prix. D'après nous, ils pourront faire prononcer la nullité de la clause d'évaluation et se prévaloir de l'inefficacité de la clause de préemption, inefficacité qui cette fois, jouera en faveur de la collectivité des associés. — D'ailleurs, il ne s'agira plus ici d'une simple inopposabilité de la clause principale, comme dans le cas où c'est l'actionnaire cédant qui est lésé, mais d'une véritable nullité qui pourra être invoquée par la totalité des actionnaires.

2° Nous avons vu, d'autre part que la prohibition des pactes léonins, résultant de l'article 1855 du Code civil, alinéa 1, pouvait être invoquée à propos d'une clause d'évaluation dans des cas, il est vrai, très limités ; par exemple lorsque les statuts prévoient le rachat des actions à la valeur nominale, mais toujours au profit des mêmes bénéficiaires. Quand la valeur réelle des titres est sensiblement plus élevée que le pair, la convention aboutit alors à attribuer à certains associés la totalité des bénéfices. — Mais, si la société est en déficit, et, par suite, la valeur intrinsèque des actions inférieure au pair, ne pourrait-on pas également soutenir que cette même clause est léonine, comme affranchissant « de toute contribution aux pertes, les sommes ou effets mis dans le fonds de la société par un ou plusieurs des associés » (art. 1855, C. civ., al. 2) ? Les bénéficiaires de la clause sont alors

les actionnaires cédants ou leurs ayants-droit, et non plus ceux en faveur desquels est stipulé le droit de préemption. Cependant, on peut de nouveau objecter qu'il s'agit là d'une clause aléatoire non léonine [1] ; même si le privilège du rachat à la valeur nominale est accordé seulement à certains actionnaires, déterminés avec précision dans les statuts, il est possible de prétendre encore que la clause contient un facteur aléatoire résultant de l'indétermination de la valeur de l'action, à l'époque où s'exercera le droit de préemption. En effet, si au lieu d'être en déficit, la société avait réalisé des bénéfices, la convention serait au contraire désavantageuse pour les actionnaires vendeurs ; en outre, dans notre hypothèse, on ne pourrait plus admettre que l'élément constitutif d'aléa disparaît du fait que les bénéficiaires de la clause conservent toutes les bonnes chances de l'opération ; en effet ces bénéficiaires sont ici les cédants ou leurs ayants droit qui, eux, ne sont pas maîtres de faire jouer le droit de préemption ou de renoncer à l'exercer, si leur intérêt l'exige.

En conséquence, dans la plupart des cas où le rachat au pair aboutirait *en fait* à affranchir certains associés de toute contribution aux pertes, le caractère aléatoire de la convention s'opposerait *en droit* à l'application de l'alinéa 2 de l'article 1855 du Code civil.

Il n'en serait autrement que s'il s'agissait d'une clause de *rachat obligatoire*, et, si d'autre part, la valeur nominale des actions ne constituait plus qu'un prix minimum stipulé en faveur des héritiers des titulaires [2].

1. Cf. *supra*, p. 111.

2. S'il s'agissait d'une clause de préemption proprement dite, on pourrait soutenir qu'il existe encore un aléa résultant du fait que l'exercice ou le non-exercice du droit de préférence est facultatif pour la société ou les personnes désignées par ses soins et ne dépend pas de la volonté

La convention litigieuse serait alors rédigée de la façon suivante :

« En cas de décès de MM. X. Y., etc... (administrateurs ou gérants de la société) leurs actions seront obligatoirement rachetées par la société au profit des bénéficiaires désignés par l'assemblée générale et à un prix qui sera déterminé comme il est dit plus haut (capitalisation de dividendes, bilan, etc..) mais qui, en aucun cas, ne pourra être inférieur à la valeur nominale des titres ».

Une clause de cette nature constituerait donc bien une convention léonine, *non aléatoire*, affranchissant définivement et nécessairement un ou plusieurs associés (MM. X., Y., etc...) de toute contribution aux pertes.

Les autres actionnaires pourraient alors exercer l'action sociale en vue de faire prononcer l'annulation de la clause d'évaluation, qui entraînerait la nullité de la clause de rachat obligatoire et, s'il s'agissait d'une convention statutaire, la nullité du contrat de société tout entier.

Mais, une hypothèse de ce genre ne se présentera pas souvent dans la pratique ; en principe, l'action sociale sera généralement fondée sur la notion de juste prix et la nullité de la clause d'évaluation entraînera simplement la nullité de la clause principale.

B. — *Avantage résultant de l'application abusive d'une clause d'évaluation licite.*

Nous venons d'examiner les cas où les actionnaires

des cédants, véritables bénéficiaires de la clause d'évaluation incriminée. En effet, si les titulaires du droit de préemption, renonçaient à l'exercer, les actionnaires vendeurs ou leurs ayants-droit ne se trouveraient pas en principe affranchis de toute contribution aux pertes. Par exemple, en cas de décès du titulaire, ses héritiers recevant les titres en nature, resteraient soumis aux conséquences du déficit éventuel de l'entreprise.

cédants peuvent se trouver favorisés par le jeu de la clause d'évaluation, en dehors de toute intervention volontaire des organes sociaux.

Mais, il se pourrait également que certains administrateurs ou gérants aient cherché à avantager sciemment l'actionnaire dissident ; en effet, on peut aisément imaginer dans la pratique, des circonstances, où ils seraient amenés à agir de cette façon : les dirigeants de la société en payant ses actions un prix élevé, voudront par exemple se débarrasser d'un associé dont l'activité gêne leurs projets ou, en cas de faillite imminente, favoriser l'un d'entre eux, en échange d'autres compensations.

Cette manœuvre s'effectuera plus facilement lorsque la fixation du taux de préemption sera réservée à l'assemblée générale ou mieux encore au conseil d'administration lui-même : il s'agira d'ailleurs, en général, d'une stipulation existant déjà dans les statuts ; il est peu probable, en effet, que la clause ait été introduite dans le pacte social uniquement dans le but d'avantager un actionnaire vendeur. Nous nous trouverons donc, en principe, dans l'hypothèse où une clause d'évaluation, licite en elle-même, a été appliquée d'une manière abusive par les représentants de la société. Les intéressés (actionnaires agissant à titre particulier ou par mandataire, syndic ou liquidateur) seront alors fondés à intenter l'action sociale, en vue de faire prononcer la nullité de la délibération litigieuse et de se faire attribuer des dommages-intérêts. Dans ce but les actionnaires restant en société invoqueront l'excès de pouvoirs commis par les représentants sociaux, mais pour obtenir satisfaction, ils devront prouver que la décision critiquée n'est pas

conforme à l'intérêt social. Or, il ne sera pas toujours possible d'apporter cette preuve. Par exemple, les défendeurs pourraient soutenir qu'ils ont agi dans l'intérêt de la collectivité des associés et cherché à éliminer un actionnaire indésirable, en l'invitant à mettre ses titres en vente et, en les lui rachetant au prix fort. Cependant, même dans ce cas, les demandeurs auront à leur disposition un autre moyen de droit pour faire échec à la fixation d'un taux de rachat excessif ; il leur suffira de démontrer que les organes sociaux avaient l'intention d'avantager l'actionnaire cédant et que, par suite, leur décision constitue une violation occulte du principe de l'égalité entre actionnaires. Si le bien fondé de l'action sociale est reconnu par le juge du fait, la délibération fixant le prix de préemption sera annulée et les demandeurs recevront des dommages intérêts destinés à compenser le préjudice qui, le plus souvent, sera égal à la différence entre le prix payé par la société et « le juste prix » laissé à l'appréciation du tribunal.

On peut se demander enfin, contre qui devra être exercée l'action sociale: contre le cédant qui a bénéficié d'un avantage indu ou contre les dirigeants de la société, coupables d'avoir racheté les titres à un taux exagéré. En principe, ce sont ces derniers qui sont responsables vis-à-vis de la collectivité des actionnaires. Mais, le vendeur qui a accepté sciemment de recevoir pour ses actions un prix supérieur à leur valeur réelle est de mauvaise foi et sa responsabilité se trouve engagée. Les représentants sociaux pourront donc se retourner contre lui, s'ils ont été personnellement condamnés à verser dans la caisse de la société, les dommages-intérêts équivalents au supplément de prix payé à tort.

Une dernière question se pose à propos des sanctions de l'avantage indu accordé à l'actionnaire vendeur ; le décret-loi du 8 août 1935, modifiant les articles 15 et 45 de la loi du 24 juillet 1867, peut-il s'appliquer dans le cas où les gérants ou administrateurs ont présenté aux actionnaires un bilan inexact, dans l'intention de majorer le prix de préemption calculé d'après ce document et de favoriser ainsi le cédant ? Il faut répondre par l'affirmative : les textes en question visent la majoration au même titre que la minoration d'actif et quel que soit leur but, les dirigeants responsables de cette inexactitude, dissimulent la véritable situation de la société et doivent tomber sous le coup de la loi pénale.

CONCLUSION

Au cours des chapitres qui précèdent, nous avons examiné et discuté les différentes solutions apportées par la jurisprudence et la doctrine aux problèmes relatifs à la validité des clauses de préemption et à ses limites ; il nous faut maintenant donner les conclusions générales qui se dégagent de cette étude.

A première vue, il peut paraître difficile de se référer ici à une application constante de règles juridiques immuables ; car, très souvent, nous l'avons vu — et plus particulièrement en ce qui concerne la détermination du prix de préemption, — il s'agit uniquement de questions d'espèces dont les données peuvent varier à l'infini et pour lesquelles les tribunaux s'inspirent avant tout de considérations de fait. La Cour de Cassation elle-même (spécialement la Chambre des Requêtes) semble avoir quelquefois fait passer au second plan son rôle traditionnel, en approuvant des décisions faiblement motivées en droit, mais qui lui paraissaient conformes à l'équité [1]. Aussi, sur les questions de principe, la doctrine s'est-elle souvent trouvée en désaccord avec la jurisprudence ; cependant, malgré ces divergences d'opinion, il n'est pas impossible de faire ressortir une

1. V. *supra*, arrêts Req., 2 janvier 1924. Chap. I, Sect. I, p. 29 à 31 ; Req., 21 décembre 1937, Chap. III, Sect. I, p. 109 à 112 ; Req., 11 septembre 1940, chap. III, Sect. II, p. 138 à 142.

évolution simultanée, en ce qui concerne la validité et la portée des clauses de préemption et des clauses accessoires d'évaluation.

A l'origine, le principe même de la validité des restrictions conventionnelles à la transmissibilité des actions a été discuté ; puis il a fini par être universellement admis, malgré la résistance des tribunaux de commerce. Mais, pour protéger les actionnaires contre les conséquences excessives de ces clauses, on a cherché à en limiter strictement le domaine d'application.

Néanmoins, par la suite, cette tendance n'a pu prévaloir et a dû s'effacer devant les nécessités de la pratique, auxquelles paraissaient surtout répondre les clauses de *préemption*. Nous avons pu, en effet, nous rendre compte que, peu à peu, leur domaine s'est singulièrement étendu ; maintenant, pourvu qu'il s'agisse de conventions expresses, le pacte social peut prévoir les situations les plus variées.

Tout d'abord, depuis l'arrêt de la Chambre civile du 9 février 1937, il n'est plus contesté que ces clauses puissent être introduites dans les statuts (ou modifiées) par une simple décision de l'assemblée générale extraordinaire délibérant à la majorité.

D'autre part, il est désormais admis que toute personne, même non actionnaire, désignée par les organes sociaux, est susceptible d'être bénéficiaire de la clause de préemption ; la société, elle-même, est en droit de racheter ses propres titres, non seulement au moyen de ses bénéfices, mais, au besoin, par prélèvement sur son capital, en satisfaisant à certaines conditions de publicité.

En outre, les clauses de préemption régissent maintenant toutes sortes de transferts : à titre gratuit ou oné-

reux, entre vifs ou à cause de mort ; et depuis la loi du 28 février 1941, les actions au porteur qui, jusqu'alors ne devaient, en aucun cas, faire l'objet d'une clause restrictive de la transmissibilité, peuvent aujourd'hui, dans certaines hypothèses, être valablement soumises à une convention de cette nature.

En somme, presque toutes les stipulations sont autorisées, à la seule condition d'être conformes à l'intérêt de la société. C'est la mesure de cet intérêt qui fait l'objet du contrôle judiciaire ; car, si les besoins de la vie sociale justifient des atteintes aux droits des actionnaires, ils ne doivent cependant pas aboutir à des mesures vexatoires ou lésives. Or, en cette matière, la difficulté essentielle qui, ces dernières années, s'est présentée devant les tribunaux est la détermination du prix de préemption.

Au début, la jurisprudence, approuvée par certains auteurs, semblait s'attacher surtout au système d'évaluation qui avait été adopté dans les statuts pour le calcul du prix ; la clause d'évaluation était alors licite si elle prévoyait une base forfaitaire impartiale ou, en tout cas, ne laissait pas place à l'arbitraire des dirigeants ou de leur majorité au sein de la société [1]. Etaient donc suspectes toutes les clauses attribuant au conseil d'administration ou à l'assemblée générale le soin de fixer souverainement le prix de préemption.

Mais, devant les abus qui avaient tendance à se multiplier, les tribunaux en sont arrivés à ériger en règle absolue la nécessité du juste prix. L'actionnaire qui se retire volontairement ou non de la société, doit satisfaire aux exigences de l'intérêt social et admettre qu'il n'a plus la possibilité de choisir son cessionnaire ; cepen-

1. V. arrêt précité, Cour de Rouen, 3 janvier 1923.

dant, il conserve pour lui-même ou ses héritiers le droit de recevoir la valeur réelle et réalisable de ses titres. Ainsi dans le dernier état de la jurisprudence et de la doctrine, la nature juridique de la clause de préemption semble s'être modifiée ou tout au moins précisée : maintenant cette convention s'analyse uniquement comme une clause de préférence ; la société peut se réserver la faculté de désigner les nouveaux titulaires de ses actions, mais il lui est interdit d'influer sur la fixation du prix de rachat, par le jeu d'une clause accessoire d'évaluation. En conséquence, quel que soit le procédé utilisé pour le calcul du taux de préemption, son importance devient secondaire et les juges du fait se sont attribués avant tout un pouvoir d'appréciation sur le résultat obtenu dans chaque cas particulier : ce résultat doit être équitable et s'approcher, autant que cela est possible pratiquement, du juste prix.

L'évolution que nous venons de noter à propos des clauses de préemption, ne présente pas un caractère exceptionnel : elle se rattache à la tendance générale actuelle de la jurisprudence en matière de contrats. Si les grands principes de liberté contractuelle et d'autonomie de la volonté sont toujours restés vrais. ils étaient néanmoins déjà limités par diverses considérations : la notion de bonne foi, la notion d'ordre public et la notion d'équilibre du contrat[1]. Mais, aujourd'hui, en raison des transformations de la vie juridique, les tribunaux interviennent de plus en plus fréquemment dans le domaine des conventions particulières, afin d'en contrôler l'exécution et de protéger les contractants économiquement plus faibles.

1. Cf. R. Cassin, *op. cit.*, p. 510 *in fine.*

En ce qui concerne les stipulations du contrat de société, telles que les clauses de préemption et les clauses d'évaluation, la question se trouve compliquée par la possibilité éventuelle de conflits entre l'intérêt général de la collectivité des associés et les intérêts particuliers des actionnaires. La jurisprudence a pris tout d'abord en considération la nécessité de sauvegarder les intérêts de la société, en laissant introduire dans le pacte social des stipulations de plus en plus nombreuses qui lui paraissaient conformes à ce but ; mais pour lutter contre les abus possibles, elle a dû instituer un droit de regard sévère sur la façon dont ces diverses clauses étaient appliquées. C'est ainsi que pour protéger l'actionnaire contre la fixation d'un prix de rachat injuste, les tribunaux exercent désormais un contrôle étroit sur le taux de préemption déterminé par le jeu de la clause d'évaluation.

Vu :
Strasbourg-Clermont-Ferrand, le 7 mai 1942.
Le Président de thèse :
D. BASTIAN.

Vu :
Strasbourg-Clermont-Ferrand, le 12 mai 1942.
Le Doyen de la Faculté :
Joseph DELPECH.

Vu et permis d'imprimer :
Strasbourg-Clermont-Ferrand, le 12 mai 1942.
Le Recteur de l'Académie,
Président du Conseil de l'Université,
A. TERRACHER.

BIBLIOGRAPHIE

I. — OUVRAGES GÉNÉRAUX

CHAMBAZ et LEBLOND. — *Précis des sociétés*, Beaugency, 1934.

COLIN et CAPITANT. — *Cours élémentaire de droit civil français*, Paris, 1935, t. II.

COPPER ROYER. — *Traité des sociétés anonymes*, 4e édit., t. II, III et IV.

COPPER ROYER et ses fils. — *Traité des sociétés*, Paris, 1939.

HOUPIN et BOSVIEUX. — *Traité général des sociétés et associations*, 7e édit., t. I et II.

JOSSERAND. — *Traité de droit civil positif français*, Paris, 1940.

JULLIOT de la MORANDIÈRE. — *Le droit commercial*, Paris, 1939.

LACOUR et BOUTERON. — *Précis de droit commercial*, 3e édit.

LYON-CAEN, RENAULT et AMIAUD. — *Traité de droit commercial*, 5e édit.

PERREAU (C.). — *Cours d'économie politique*, 6e édit., t. I.

PIC. — *Des sociétés commerciales*, 2e édit., et supplément, Paris, 1937.

PLANIOL et RIPERT. — *Traité pratique de droit civil français*, t. IV, V et Supplément.

THALLER et PERCEROU. — *Traité élémentaire de droit commercial*, 8e édit.

WAHL (A.). — *Précis de droit commercial*, Paris, 1921.

II. THESES ET MONOGRAPHIES

CAMERLYNCK (G.). — *De « l'intuitus personae » dans la société anonyme*, thèse, Paris, 1929.

CAMIER (P.). — *Les restrictions conventionnelles à la transmissibilité des actions*, thèse, Lille, 1927.

CHARPENTIER (J.). — *Etude juridique sur le bilan dans les sociétés par actions*, thèse, Paris, 1906.

— *Bilans et inventaires*, Paris, 1921.

CASSIN (R.). — *L'inexécution des contrats et ses suites.* — Cours de doctorat professé à la Faculté de Paris, 1934-1935.

DAVID (R.). — *La protection des minorités dans les sociétés par actions*, thèse, Paris, 1928.

DU GARREAU DE LA MECHENIE (J.). — *Les droits propres de l'actionnaire*, thèse, Poitiers, 1937.

HÉMARD (J.). — *Théorie et pratique des nullités de sociétés et des sociétés de fait*, 2e édit., Paris, 1926.

JEANDEL (P.). — *L'« intuitus personae » dans les sociétés commerciales*, thèse, Nancy, 1932.

LECHNER (H.). — *Les droits propres des actionnaires*, thèse, Nancy, 1932.

MORAS (M.). — *Les restrictions conventionnelles à la cession des actions des sociétés*, thèse, Paris, 1933.

NEUBURGER (A.). — *Le détournement de pouvoirs dans les sociétés anonymes*, thèse, Paris, 1936.

RIPERT (G.). — *La règle morale dans les obligations civiles*, 3e édit., Paris, 1935.

TAMBOISE (A.). — *Des moyens juridiques pour assurer la stabilité du contrôle dans les sociétés par actions ou de la défense des sociétés par actions contre les immixtions étrangères ou indésirables*, thèse, Lille, 1929.

III. — ARTICLES DE DOCTRINE

BASTIAN (D.). — « Les clauses d'évaluation des droits sociaux », *Journ. Soc.*, 1935, p. 401 et suiv. et p. 456 et suiv.

BOSVIEUX (H.). — « Des modifications au régime de la nullité et de la responsabilité dans les sociétés par actions ». Décret-loi du 30 octobre 1935, art. 2, « *Journ..Soc.*, 1936, p. 449 et suiv.

BOURCART (G.). — « De « l'intuitus personae » dans les sociétés », *Journ. Soc.*, 1927, p. 513 et suiv.

CHARRON (A.). — « Essai d'analyse juridique des clauses de préemption ou de reprise stipulée dans les statuts », *Journ. Not.*, 1934, art. 38175 p. 1057 et suiv.

— « De l'exercice du droit de souscription à titre irréductible et à titre réductible créé par le décret-loi du 8 août 1935 », *Journ. Soc.*, 1939, p. 1 et suiv.

CORDONNIER (P.). — « L'égalité entre actionnaires avant et depuis la loi du 22 novembre 1913 », *Journ. Joc.*, 1924, p. 417 et suiv., p. 481 et suiv.

— « La moralisation des sociétés anonymes », *Journ. Soc.*, 1933, p. 257 et suiv.

DECUGIS. — « L'abus de droit dans les sociétés par actions », *Journ. Soc.*, 1925, p. 481 et suiv.

DEMOGUE. — « Droit pour une société de racheter ses actions au taux nominal », *Rev. Trim. dr. civ.*, 1931, p. 156.

ESCARRA (J.). — « Des restrictions conventionnelles à la transmissibilité des actions », *Ann. Dr. Com.*, 1911, p. 333 et suiv., p. 425 et suiv.

— « A propos des actions à droit de vote privilégié », *Ann. Dr. Com.*, 1927, p. 6 et suiv.

FRAISSAINGEA. — « Le double critérium de l'action », *Ann. Dr. Com.*, 1914, p. 25 et suiv.

HAMEL (J.). — « La réglementation du bilan dans les sociétés par actions » *Ann. Dr. Com.* 1931, p. 283 et suiv., 1932, p. 5 et suiv.

HOUPIN (C.). — « Rachat d'actions, annulation ou maintien de ces actions. Effets juridiques du rachat », *Journ. Soc.*, 1895, p. 97.

JULLIOT (Ch. L.). — « Clauses restrictives du transfert des actions », *Journ. Not.*, 1934, p. 961 et suiv.

Juris-classeur commercial Sociétés. — Fasc. 95, n° 21 et suiv.

LAGARDE (G.). — « Des clauses réservant l'agrément d'un tiers pour la cession des droits », *Rev. Cr. Leg. Jur.*, 1928, p. 70 et suiv ; p. 102 et suiv.

LALOU (H.). — « Les actions et parts nominatives de sociétés appartenant à des époux mariés sous le régime de la communauté légale », *Chronique* au D.H., 1928, p. 47.

LENOAN. — « De la condition des actions de sociétés nominatives propres de la femme sous le régime de la communauté et de l'exercice du droit de préférence à la souscription d'actions nouvelles ». *Rev. Trim., dr. civ.*, 1922, p. 365.

MOLIERAC. — « Dans quelles limites une société peut-elle interdire à un actionnaire de disposer librement de son action », *Rev. Soc.*, 1925, p. 441 et suiv.

— « De l'abus de droit dans les sociétés », *Rev. soc.*, 1937, p. 70 à 77.

PACILLY (G.). — « Les clauses de préemption en cas de cession d'actions nominatives », *Rev. Gén. dr. Com.*, 1939, p. 29 et suiv.

PUECH (H.). —« Le bilan comptable », *Etude pratiques de Droit commercial* janvier-mars 1936, p. 9 et suiv.

Répertoire général alphabétique du droit français. — V° Société, Paris, 1934. Supplément t. XII, p. 570 et suiv. p. 715 et suiv.

Répertoire pratique Dalloz. — V° Société n° 1697 et 1708, 3209, 3479 à 3458 et 3908 à 3909.

X.... —« Du droit de préemption que se réserve une société pour écarter les acheteurs de ses actions ». *Ann. Dr. Com.*, 1903, p. 303 et suiv.

IV. — NOTES DE JURISPRUDENCE

ALEXANDROFF. — Note sous Trib. com. Clermont-Ferrand, 29 octobre 1929 *Sem. jur.*, 1930, n° 93.

AMIAUD. — Note sous Cour de Rouen, 3 janvier 1923, *Ann. Dr. Com.*, 1924, p. 312.

— Notes sous Req. 2 janvier 1924, *Ann. Dr. Com.*, 1926, p. 210.

BATTIFOL (H.). — Note sous Civ. 9 mars 1937, S., 1937.1.289.

BESSON (A.). — Note sous Civ., 9 février 1937, D.P., 1937.1.73.

BOSVIEUX (H.). — Notes sous Trib. com., Le Havre, 28 octobre 1921, *Journ. Soc.*, 1922, p. 500.

— Req., 2 janvier 1924, *Journ. Soc.*, 1925, p. 83 et suiv.

— Trib. com., Clermont-Ferrand, 29 octobre 1929, *Journ. Soc.*, 1930, p. 26 et suiv.

— Req., 21 décembre 1937, *Journ. Soc.*, 1938, p. 207 et suiv.

CAPITANT (H.). — Notes sous Civ., 11 janvier 1933, D.P. 1933.1.10.

— Trib. civ., Seine, 7 juin 1935, D.P. 1936.2.94.

— Cour de Paris, 17 déc. 1935, D.P. 1936.2.89.

CHARRON (A.). — Note sous Cour de Paris, 3 avril 1939, *Journ. Soc.*, 1939, p. 357 et suiv.

CHÉRON (A.). — Notes sous Cour d'Amiens, 20 novembre 1912, D.P., 1913.2.273.

— Trib. civ., Cholet, 13 février 1925, D.P. 1926.2.87.

— Req., 10 mai 1926, D.P. 1927.1.133.

CORDONNIER (P.). — Notes sous Cour de Poitiers, 4 juillet 1927, *Journ. Soc.*, 1928, p. 536 et suiv.

— Cour de Lyon, 15 mars 1928, *Journ. Soc.*, 1929, p. 202.

— Cours d'Amiens, 12 juillet 1929, *Journ. Soc.*, 1929, p. 651 et suiv.

— Cour de Paris, 2 juillet 1930, *Journ. Soc.*, 1931, p. 100 et suiv.

— Trib. civ., Angers, 15 juillet 1930, *Journ. Soc.*, 1930, p. 93 et suiv.

— Civ., 7 avril 1932, D.P. 1933.1.153.
— Cour de Riom, 23 mars 1933, *Journ. Soc.*, 1933, p. 676 et suiv.
— Civ., 6 mars 1935, *Journ. Soc.*, 1936, p. 614 et suiv.
— Civ., 9 février 1937, *Journ. Soc.*, 1937, p. 266 et suiv.

G.D. — Note sous Trib. civ., Seine, 20 mars 1880, *Journ. Soc.*, 1880, p. 309

Demontes. — Note sous Cour de Paris, 2 juillet 1930, *Rev. crit. Leg. Jur.*, 1932, p. 12.

Escarra (J.). — Note sous Req., 2 janvier 1924, D.P. 1927.1.161.

Esmein (P.). — Notes sous Req., 2 janvier 1924, S. 1924.1.225.
— Req., 24 janvier 1934, S. 1935.1.17.

Fraissaingea. — Note sous Req., 23 juin 1913, *Ann. de Dr. Com.*, 1914, p. 160 et suiv.

Gény (F.). — Note sous Civ., 11 janvier 1933, D.P. 1933.1.10.

Houpin (C.). — Notes sous Civ., 15 mars 1927, *Journ. Soc.*, 1928, p. 155, et suiv.
— Cour de Lyon, 18 mars 1931, *Journ. Soc.*, 1932, p. 563.

Jauffret (A.). — Note sous Civ., 9 février 1937, et Req., 21 décembre 1937 *Rev. Gén. Dr. Com.*, 1938, p. 534 et suiv.

Lagarde (G.). — Notes sous Civ., 15 mars 1927, S., 1927.1.209.
— Trib. com. Seine, 2 mai 1938, *Rev. Gén. Dr. Com.*, 1939, p. 581 et suiv.

Lecompte (G.). — Notes sous Trib. civ., Avesnes, 17 décembre 1930, *Journ. Soc.*, 1931, p. 292 et suiv.
— Civ., 7 avril, 1932, *Journ. Soc.*, 1934, p. 292 et suiv.
— Cour de Lyon, 5 février 1936, *Journ. Soc.*, 1938, p. 228 et suiv.

M.N.. — Note sous Trib. civ., Seine, 21 janvier 1925, D.P. 1927.2.106.

Rousseau (H.). — Notes sous Cour de Poitiers, 4 juillet 1927, S., 1927.2. 137.
— Cour de Paris, 2 juillet 1930, S., 1931.2.169.
— Cour de Douai, 17 décembre 1931, S. 1932.2.82.
— Req., 9 février 1932, S. 1932.1.177.
— Req., 7 avril 1932, S. 1933.1.177.
— Civ., 6 mars 1935, S. 1937.1.249.
— Civ., 9 février 1937, S. 1937.1.129.

Rousseau (J.). — Notes sous Req., 21 décembre 1937, *Sem. jur.*, 1938. n° 580.
— Cour de Paris, 10 novembre 1938, *Sem. jur.*, 1939, n° 937.

Savatier (R.). — Note sous Civ., 9 février 1937, *Rev. trim. Dr. Civ.*, 1937, p. 398 et suiv.

Thaller. — Note sous Req., 22 janvier 1912, D.P. 1912.1.145.

Wagner (A.) — Note sous Civ., 5 janvier 1926, D.P. 1926.1.65.

Wahl (A.). — Note sous Req. 29 octobre 1902, S. 1905.1.89.

Notes Anonymes. — Sous Cour de Paris, 23 novembre 1933, S. 1934.2.195. *Rev. Soc.*, 1934, p. 131.
— Cour de Paris, 25 novembre 1938, *Rev. Soc.*, 1939, p. 175.
— Trib. com. Seine, 15 juin 1939, *Rev. Soc.*, 1939, p. 327.
— Req., 11 septembre 1940, *Gaz. Pal.*, octobre-novembre 1940, p. 134 à 136. *Sem. jur.*, 1940, n° 1574.

TABLE DES MATIÈRES

Introduction 1

Section I. — Les clauses restrictives de la transmissibilité des actions 2

§ 1. La clause d'agrément 3

§ 2. La clause de préemption 4

§ 3. La clause combinée d'agrément et de préemption .. 5

Section II. — Les avantages et les inconvénients des clauses d'agrément de de préemption 6

§ 1. Avantages 6

§ 2. Inconvénients 8

Section III. — La validité de principe des restrictions conventionnelles à la transmissibilité des actions 10

§ 1. Les objections d'ordre général à l'encontre de la validité de principe des clauses restrictives 10

§ 2. La validité de principe de la clause d'agrément et ses limites 13

§ 3. La validité de principe de la clause de préemption : intérêt des problèmes soulevés par la détermination de son domaine d'application 18

CHAPITRE I. — **LE DOMAINE D'APPLICATION ET LES CONDITIONS GÉNÉRALES DE VALIDITÉ DES CLAUSES DE PRÉEMPTION** 27

Section I. — Le domaine d'application des clauses de préemption 27

§ 1. Les clauses de préemption originaires et les clauses introduites ou modifiées au cours de la vie de la société 28

§ 2. Les bénéficiaires du droit de préemption 35

A. Actionnaires 36

B. Société 37

C. Etrangers à la société 40

§ 3. La nature des transferts susceptibles d'être régis par la clause de préemption 41
A. Mutations entre vifs 41
B. Mutations à cause de mort 44
C. Mutations entre époux mariés sous le régime de la communauté légale 52
§ 4. Les modes de transmission compatibles avec la clause de préemption 53
A. Le problème de la validité des clauses de préemption applicables aux actions au porteur avant la loi du 28 février 1941 54
B. La loi du 28 février 1941 et ses conséquences. 57
§ 5. L'interprétation restrictive de la clause de préemption 59
A. Interprétation restrictive de la clause de préemption en ce qui concerne la nature des transmissions soumises à la clause 59
B. Interprétation restrictive de la clause de préemption en ce qui concerne les personnes visées par la clause 60
C. Interprétation restrictive de la clause de préemption au point de vue du jeu de la clause .. 61

Section II. — Conditions générales de validité des clauses de préemption 63
§ 1. La préemption facultative en cas de refus d'agrément est-elle licite ? 64
A. Préemption facultative pour les bénéficiaires du droit de préemption 65
B. Préemption facultative pour l'actionnaire cédant 66
§ 2. Le délai d'exercice du droit de préemption .....
A. L'étendue du délai 67
B. Les conséquences du non-exercice de la préemption dans un délai raisonnable 68
§ 3. La fixation du prix de préemption 69
A. Portée de la condition de prix 70
B. Sanctions de l'absence de prix 71

CHAPITRE II. — **LES DIFFRÉENTS MODES DE DÉTERMINATION DU PRIX DE PREÉMPTION : LES CLAUSES ACCESSOIRES D'ÉVALUATION** 75

Section I. — Les clauses d'évaluation basées sur le prix offert par le cessionnaire évincé 76
§ 1. Préemption au prix offert par le cessionnaire évincé, sans limitation 76
§ 2. Limitation du prix offert par le cessionnaire 77

Section II. — Les clauses d'évaluation basées sur la valeur des actions en bourse 78

§ 1. Différentes modalités 78

§ 2. Critique de ce système d'évaluation 79

Section III. — Les clauses d'évaluation basées sur les résultats d'une adjudication 80

§ 1. Les différents systèmes d'adjudication 80

A. Organisation de l'adjudication 80

B. Détermination du prix d'adjudication 82

§ 2. Avantages et inconvénients de l'adjudication 83

Section IV. — Les clauses d'évaluation forfaitaire 84

§ 1. Evaluation d'après la valeur nominale de l'action . 84

§ 2. Evaluation par capitalisation de dividendes 85

§ 3. Evaluation d'après le dernier inventaire (ou bilan) approuvé 87

§ 4. Evaluation basée sur la valeur industrielle de l'entreprise 89

Section V. — Les clauses laissant le soin de l'évaluation à un organe de la société ou à un tiers désignés dans les statuts 92

§ 1. Fixation du prix de préemption par un organe de la société 92

§ 2. Fixation du prix de préemption par un tiers 94

CHAPITRE III. — **LA VALIDITÉ DE LA CLAUSE D'ÉVALUATION ET SES LIMITES** 99

Introduction 99

A. Les deux aspects du problème 100

B. La solution de la jurisprudence et de la doctrine 101

Section I. — Les limites apportées par la jurisprudence et la doctrine au principe de la validité des clauses d'évaluation 102

§ 1. Les limitations résultant des droits propres des actionnaires 103

A. Droit de l'actionnaire de se retirer à son gré de la société 103

B. Droit de l'actionnaire d'être traité sur un pied d'égalité avec ses co-associés..... 105

C. Droit de l'actionnaire d'être considéré comme un associé en ce qui concerne la participation aux bénéfices : l'article 1855 du Code civil ... 108

§ 2. La théorie de l'abus de droit et du détournement de pouvoir appliquée aux clauses d'évaluation 112

A. L'abus de droit et le détournement de pouvoir dans les sociétés par actions 112

B. Application de la théorie aux clauses de préemption et aux clauses accessoires d'évaluation 114

C. Le domaine d'application de la théorie 116

§ 3. Les limitations résultant de la théorie de la lésion : la notion de juste prix..... 119

A. Evolution générale de la théorie de la lésion 120

B. La notion de juste prix en matière de clauses de préemption, d'après la jurisprudence 121

C. Discussion doctrinale de la théorie du juste prix 124

D. Essai constructif d'une théorie du juste prix appliquée aux clauses de préemption 126

Section II. — Les sanctions de la violation de ces limites. 131

§ 1. La nullité de la clause d'évaluation 132

A. Les caractères généraux de l'action en nullité de la clause d'évaluation 133

B. L'étendue de la nullité 136

1° Nullité d'une clause originaire 137

2° Nullité d'une clause introduite ou modifiée par une délibération d'assemblée générale extraordinaire 144

3° Nullité d'une décision faisant application à un cas spécial, d'une clause préexistante valable 145

§ 2. L'attribution au demandeur de dommages-intérêts 147

A. Dommages-intérêts accessoires 147

B. Dommages intérêts accordés à titre principal.. 149

§ 3. Les sanctions pénales éventuelles 151

A. La loi du 3 décembre 1926 modificative de l'article 410 Code pénal 152

B. Le décret-loi du 8 août 1935, modifiant les articles 15 et 45 de la loi du 24 juillet 1857 ... 153

§ 4. Sanctions de l'avantage indû résultant, pour l'actionnaire cédant, du jeu de la clause d'évaluation. 154

A. Avantage résultant d'un vice propre de la clause d'évaluation..... 156

B. Avantage résultant de l'application abusive d'une clause d'évaluation licite..... 159

CONCLUSION 163

BIBLIOGRAPHIE 169

Imp. F. Boisseau, Rue du Taur, 23 - Toulouse (France)
T W — N° 6518 - 10-6-1942